Verträge auf Feststellung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Eberhard Roeder

Gerichtsreferendar aus Mannheim

Marburg 1934

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 28. Mai 1934.

Berichterstatter:
Geheimer Justizrat Prof. *Dr.* Franz Leonhard.

In Dankbarkeit
meinen Eltern und Großeltern

Inhaltsverzeichnis.

Schrifttum.

Ackermann: Über das Verhältnis des Schuldversprechens und des Schuldanerkenntnisses zu ihrem Schuldgrund, Gruch. Bd. 44 S. 573.

Albrecht, Richard: Über die Rechtsnatur der Feststellungsklage mit besonderer Berücksichtigung des Feststellungsinteresses. Diss. Göttingen 1932.

Bähr, Otto: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 3. Aufl. 1894. Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. Zur Verständigung über den Anerkennungsvertrag, sowie die formellen Verträge des heutigen Rechts überhaupt. Iher. Jahrbücher Bd. 2 283—350, 367—455.

Baumbach, Adolf: Zivilprozeßordnung 6. Aufl. 1931.

Beckh: Die Beweislast nach dem BGB. 1899.

Behrend: Beiträge zur Lehre von der Quittung 1896.

Benkendorff, Gerhard: Die vertragliche Klag- und Rechtsmittelrücknahme, ein Beitrag zur Lehre von den Prozeßverträgen, Diss. Greifswald 1932.

v. Bethmann-Hollweg: Der römische Zivilprozeß, Bonn 1865.

Betzinger: Die Beweislast im Zivilprozeß mit besonderer Berücksichtigung auf das BGB. 3. Aufl. 1910.

Blendermann, Hans: Kondiktion von Anerkenntnissen i. S. v. § 812 II BGB. Diss. Göttingen 1930.

Böhm, Ernst: Die rechtliche Natur und Tragweite des Anerkenntnisses im Zivilprozeßrecht, Diss. Köln 1933.

Borckert, Paul: Wesen, Wirken und Beseitigung des gerichtlichen Anerkenntnisses, Diss. Breslau 1930.

Bruns, Karl Georg: Das constitutum debiti, Zeitschr. f. Rechtsg. Bd. I S. 28—130.

Brütt, Lorenz: Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht. Berlin 1908.

Buchdahl, Walter: Die Rechtsnatur der Schiedsgerichtsklausel und des Schiedsgutachtens. Diss. Erlangen 1932.

Buhl: Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrage 1875.

Bunsen: Prozeßrechtsgeschäfte. ZZP. Bd. 35 S. 401 ff.

Bussert, Rudolf: Das kausale Schuldversprechen, Diss. Marburg 1932/1933.

Bülow, Oskar: Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, Arch. ziv. Prax. Bd. 64 S. 1—109.
Das Geständnisrecht 1899.

v. Canstein, Freiherr: Anerkennung und Geständnis ZZP. Bd. 1 S. 257. Anerkennung und Geständnis im Allgemeinen und nach der deutschen ZPO. Berlin 1879 (Sonderabdruck aus ZZP. Bd. 1 S. 257—368.

Collatz, Wilhelm: Zum Recht des BGB. I. Beitrag: Zur Lehre vom Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis und von der Quittung. Iher. J. Bd. 40 S. 127—150.

Crome, Carl: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen 1902.

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts 1923.

David, Albert: Zur Rechtsnatur des Vergleichs. Recht 1903, S. 12.

Degenkolb, Heinrich: Zur Konstruktion und Systematik des Schuldversprechens. Jher. J. Bd. 56 S. 183 (1910).
Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion. Arch. z. Prax. Bd. 71 S. 161—226.

Dilloo: Die Quittung im Recht und im Verkehr, Diss. 1895.

Eccius: Rechtsgeschäftlicher Verzicht auf Einreden, Gruch. Bd. 50 S. 1—10.

Eckert, Helmut: Der Schiedsgutachter, Diss. Göttingen 1928.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 1903.

Enneccerus-Lehmann: Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse. 12. Bearb. Marburg 1932.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einleitung, Allgemeiner Teil. 13. Bearb. Marburg 1931.

Festgabe der Tübinger Juristenfakultät für Heinrich Degenkolb 1905.

Förster-Kann: Kommentar zur ZPO. 1926.

Fülster: Grundriß des Zivilprozeßrechts. Bd. 1, Teil 2, 1932.

Gautschi: Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichem Ermessen, Zürich 1912.
Besprechung von Leonhard in Krit. viert. J. Schr. Bd. 52 S. 278—286.

Goldschmidt, James: Zivilprozeßrecht 1929.
Der Prozeß als Rechtslage 1925.

Göß: Constitut und Beweisvertrag, Verh. des 8. DJT. Bd. 1 S. 320.

Grabner: Die Natur des prozessualen Verzichts und Anerkenntnisses und des Prozeßvergleichs. Gruch. Bd. 61 S. 65 (1917).

Hahn: Die gesamten Materialien zur ZPO.

Hegler, August: Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht 1903.

Heim, F. F.: Die Feststellungswirkung des Zivilurteils, München 1912.

Heine, Heinrich: Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis als abstrakte Schuldverträge, Diss. Erlangen 1933.

Hellmann: Klagrecht, Feststellungsklage und Anspruch. Jher. J. Bd. 31 S. 79—136.

Hilmer, Karl Heinz: Das abstrakte Rechtsgeschäft im Verhältnis zum unsittlichen Kausalgeschäft, Diss. Marburg 1933.

Hillmer, Wolfgang: Der Vermögensbegriff bei der Bereicherung, Diss. Marburg 1933.

Hoffmann, Adalbert: Verträge im Prozeßrecht, Diss. Marburg 1927.

Hofmann, August: Historische und dogmatische Darstellung des Anerkenntnisses im Zivilprozeß, Diss. 1892.

Hölder, Eduard: Die Natur des gerichtlichen Geständnisses, ZZP. Bd. 28, S. 389.

Huysinger, J. W.: Schuld und Schuldursache (causa) Amsterdam 1901.
Besprechungen von: Fr. Leonhard in Gruch. Bd. 46, S. 870—873; Ders-

mann in Bürg. Arch. Bd. 21, S. 120—121; Erich Jung in Krit. viert. J. Schr. Bd. 46 S. 228.

v. Jhering, Rudolf: Geist des römischen Rechts, 3. Aufl. Leipzig 1877.

Josef, Eugen: Das kausale Leistungsversprechen als alleiniger Klaggrund und die Rechtsstellung des bösgläubigen Erwerbers der Hypothek, Arch. z. Prax. Bd. 109 S. 187.

Jürgens, Rolf: Die Rechtsnatur des Schiedsvertrages, Diss. Göttingen 1929.

Kiefer, Leo: Der Vergleichsbegriff und der Vergleichsirrtum nach deutschem Bürgerlichem Recht. Diss. Göttingen 1925.

Kindel: Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, Berlin 1892.

Kipp: Der Parteiwille unter der Herrschaft des deutschen BGB. Erlangen 1899.

Kisch: Zu Degenkolb: „Das Anerkenntnisurteil" ZZP. Bd. 34, S. 381. Der Schiedsmann im Versicherungsrecht, zugleich ein Beitrag zum bürgerlichen Recht 1924. Beiträge zum Schiedsverfahren, Arch. z. Prax. Bd. 137 S. 372.

Klingmüller: Der Begriff des Rechtsgrundes, seine Herleitung und Anwendung, 1901. Besprechung von Jung in Krit. V. J. Schr., Bd. 46, S. 220—228. Das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis des BGB. Jena 1903 (Fischers Abh. Bd. 9 Heft 4). Causa und Schuldversprechen, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 58 S. 152—193.

Kohler, Josef: Der Prozeß als Rechtsverhältnis 1888. Über prozeßrechtliche Verträge und Kreationen. Gruch. Bd. 31 S. 276.

Krückmann: Kondiktion eines Anerkenntnisses. Beiderseitiger Irrtum. Leipz. Z. 1928 S. 145. Das Schuldanerkenntnis in „Der junge Rechtsgelehrte" 1932 S. 50.

Lacmann, W.: Über die rechtliche Bedeutung der Quittung. Bürg. Arch. Bd. 31 S. 45—83 (1908).

Lehmann, Heinrich: Der Prozeßvergleich 1911 (Fischers Abh. Bd. 22 Heft 1). Besprechung von: Korsch in Krit. V. J. Schr. Bd. 52, S. 255—278; v. Schrutka in Grünhut Z. Bd. 39 S. 279—287. Prozeßvergleich im Handw. B. d. R.Wiss. 4. Bd. Berlin 1927. Die Rechtsnatur des Klaganerkenntnisses (Festgabe für Paul Krüger) 1911.

Lenel, Otto: Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches) Arch. z. Prax. Bd. 74 S. 213—239. Nochmals die Lehre von der Voraussetzung, Arch. z. Prax. Bd. 79 S. 49 bis 107.

Leonhard, Franz: Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929.
Besonderes Schuldrecht des BGB. 1931.
Die Beweislast, 2. Aufl. 1926 (1. Aufl. 1904).
Die Auslegung des Rechtsgeschäfts. Arch. z. Prax. Bd. 120, S. 40.
Aufrechnung gegen eine Nichtschuld. Bürg. Arch. Bd. 21 S. 171—223.
Die Wahl bei der Wahlschuld, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Jher. J. Bd. 41 S. 1—67.

v. Liebe: Der abstrakte obligatorische Vertrag im modernen Recht (1884). Gruch. Bd. 28 S. 547—618.
Die Stipulation und das einfache Versprechen 1840.

Locher: Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, Arch. z. Prax. Bd. 121 S. 1.

Lüdtke, Egon: Der Schiedsrichtervertrag, Diss. Erlangen 1933.

Meckenstock, Gustav: Der Schiedsgutachtervertrag und seine Anwendung im Arbeitsrecht, Diss. Köln 1933.

Meyer, Paul: Vertragsvollziehung oder Vertragsreproduktion. Arch. z. Prax. Bd. 87 S. 77—109.

Müller, Hans: Wesen und Wirkung des Anerkenntnisses im Zivilprozeß. Diss. 1911.

Müller, Wilhelm: Kritik von Pagenstechers: „Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft". Grünhut Z. Bd. 33 S. 556.

Neubecker, Friedrich Karl: Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen. Bürg. Arch. Bd. 22 S. 34—92.

Neumann, Hugo: Zur Lehre von dem Verpflichtungsgrunde. Gruch. Bd. 45 S. 503.
Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bürgerl. Gesetzbuch I. Band, Berlin 1910.

Nußbaum, Arthur: Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse. Fischers Abh. Bd. 17 Heft 1.

Oertmann, Paul: Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage 1928.
Der Vergleich im gemeinen Zivilrecht 1895.
Die Geschäftsgrundlage. Leipzig-Erlangen 1921.
Zur Frage der Kondiktion von Anerkenntnissen und kausalen Verpflichtungen, Leipz. Z. 1928 S. 857.
Der vorgängige Rechtsmittelverzicht ZZP. Bd. 45 S. 389—427.

Pagenstecher, Max: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft 1905.

Pfeiffer: Über die rechtliche Natur des Mitgiftversprechens. Recht 1910 S. 772.

Pietzker: Kondiktion und Anfechtung. J.W. 1920 S. 486.

Planck-Siber: Kommentar zum BGB., 4. Aufl.
Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeiner Teil Berlin 1914. Besonderer Teil Leipzig 1928.

Planck, Julius Wilhelm: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. I. Band. Nördlingen 1887.

Pollak, Rudolf: Gerichtliches Geständnis im Zivilprozeß 1893.

Reichel, Hans: Über die Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, Arch. z. Prax. Bd. 104 S. 1—150 (1909).
Vertragsmäßige Fiktion des Zugangs einer Erklärung. DJZ. 1911 Sp. 1534—1537.

Reichenheim: Die materiellen Prozeßverträge und ihre praktische Bedeutung, Diss. Würzburg 1912.

Reichsgerichtsrätekommentar: Recht der Schuldverhältnisse, 7. Aufl. Berlin 1929.

Rothermel, Hermann: Schiedsvertrag und Schiedsgerichtsvertrag im Arbeitsgerichtsgesetz, Diss. Gießen 1932.

Rosenberg: Die Beweislast nach der ZPO. und dem BGB. 2. Aufl. 1923.

v. Rümelin, Max: Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB. Arch. z. Prax. 97 S. 211—360 Bd. 98 S. 169 ff. (1905).

Rumpf, Max: Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138, 817 BGB. Arch. z. Prax. Bd. 117 S. 315—394.

Sachse: Beweisverträge ZZP. Bd. 54 S. 409—434 (1929).

Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts. Stuttgart 1919.
Scherer: Muß das vertragsmäßige Anerkenntnis des § 222 schriftlich sein? Recht 1900 S. 397.
Schlesinger, Rudolph: Zur Lehre von den Formalkontrakten.
Schloßmann: Zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge. Diss. Greifswald 1868.
Schmitz, Herbert: Was kann ein in der Form der §§ 780, 781 BGB. von einem Schuldner seinen Gläubigern ausgestellter und übergebener Schuldschein bedeuten? Diss. Erlangen 1931.
Schneider, K.: Über Beseitigung und Wirkung vollendeter Verjährung durch Anerkenntnis. Iher. J. Bd. 51 S. 25 ff.
Schnorr v. Carolsfeld, Ludwig: Beiträge zur Lehre vom Vergleich, 1929. Als Diss. ebenfalls 1929 in Breslau.
Schollmeyer, Friedrich: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. 2. Aufl. Berlin 1904.
Schöninger, Adolf: Die Leistungsgeschäfte des Bürgerlichen Rechts 1906.
Schreiber: Zur Lehre vom Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis. Sächs. Arch. f. deutsch. bürg. R. Bd. 15 S. 573.
Schroeder: Das abstrakte Schuldversprechen im Anschluß an Unfälle. Recht 1920 S. 70.
Schultheiß: Das vertragsmäßige Anerkenntnis im Sinne von § 222 BGB. Deutsche J.Z. 1908 S. 877.
Schüller, Wilhelm: Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht. Diss. Göttingen 1932.
Siber: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit. Iher. J. Bd. 70 S. 223.
Siegel, Julius: Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde, Arch. z. Prax. Bd. 111 S. 1—134.
Sonnen, Theodor: Wirkungen des Anerkenntnisses: J. W. 1925 S. 1155 1926 S. 2740.
Süß, Theodor: Die Wirkungsgrenzen des Anerkenntnisses im Deutschen Reichszivilprozeßrecht. Ein Beitrag zur Lehre der Trennung von materiellem und prozessualem, privatem und öffentlichem Recht. Berlin 1921.
Stampe: Das Causaproblem des Zivilrechts 1904.
causa und abstrakte Geschäfte, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 55 S. 387 bis 416.
Staub: Kommentar zum HGB. 13. Aufl.
14. Aufl. Berlin und Leipzig 1933, bearbeitet von Pinner, Bondi, Gadow.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 9. Aufl.
Sturm, August: Die Lehre vom Vergleich 1889.
Thiele, Wilhelm: Das Anerkenntnis, J. W. 1906 S. 413—416.
Trutter, Josef: Über prozessualische Rechtsgeschäfte 1891.
v. Tuhr, Andreas: Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen. Leipzig 1903.
Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts 1918.
Irrtum über die Grundlage des Vertrages. Leipziger Zeitschrift 1921 S. 153.
Eigentumserwerb aus unsittlichem Vertrag. Arch. z. Prax. 120 S. 1—14.
Unger: Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag Iher. J. Bd. 8 S. 179—220.
Verhandlungen des deutschen Juristentages.

Wach, Adolf: Das Geständnis. Ein Beitrag zur Lehre von den prozessualen Rechtsgeschäften. Arch. z. Prax. Bd. 64, S. 201—255.

Wangner: Der Schiedsgutachter 1908.

Walsmann, Hans: Der Irrtum im Prozeßrecht. Ein Beitrag zur Lehre von den Prozeßhandlungen. Arch. z. Prax. Bd. 102 S. 1—214 (1907). Der Verzicht. Leipzig 1912.

Warneyer, Otto: Kommentar zum BGB. Tübingen 1930.

Weismann, Jakob: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1903.

Wendt, Otto: Beweis und Beweismittel. Arch. z. Prax. Bd. 63 S. 254—318.

Wetzell, Georg Wilhelm: System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Aufl. Leipzig 1878.

Wienstein: Begriff und Fälle des abstrakten Rechtsgeschäfts im geltenden Recht. Gruch. Band 48 S. 477.

Windscheid, Bernhard: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. Düsseldorf 1850.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 8./9. Auflage, Frankfurt 1900—06.

Pfeiler: Anspruchsverjährung und Schuldanerkenntnis. Arch. z. Prax. Bd. 103 S. 461—470 (1908).

Ziemssen, Johannes: Über die dispositive Natur vom Verzicht und Anerkenntnis im Zivilprozeß. Diss. 1908.

Zitelmann, Ernst: Das Recht des BGB. Allgemeiner Teil. 1900.

Abkürzungsverzeichnis.

Arch. z. Prax.	= Archiv für die zivilistische Praxis.
Bürg. Arch.	= Archiv für Bürgerliches Recht.
Beitr.	= Beiträge zum Zivilprozeß, herausgeg. von Kisch.
Fischers Abh.	= Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs.
Grotefend	= Die Gesetze und Verordnungen nebst den sonstigen Erlassen für den Preußischen Staat und das Deutsche Reich.
Gruch.	= Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
Grünhut	= Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
DJZ.	= Deutsche Juristen-Zeitung.
Jahrb. Verw. R.	= Jahrbuch des Verwaltungsrechts, begründet von Stier-Somlo.
Jher. J.	= Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
Jur. Woch.	= Juristische Wochenschrift.
KGJ.	= Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts.
Krit.V.J.Schr.	= Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Recht	= Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand.
RG.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rhein. Z.	= Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.
OLG.	= Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Seuff. Arch.	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Seuff. Bl.	= Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Soergel	= Rechtsprechung zum gesamten Zivil-, Handels- und Prozeßrecht.
Warn. Rspr.	= Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.
Z. f. Handels-R.	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt.
Z. f. Rechtsg.	= Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Weimar 1861 ff.
ZZP.	= Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, begründet von Busch.

I. Abschnitt.

Einleitung.

§ 1. Die praktische Bedeutung der Feststellungsverträge.

Die hier behandelte Frage, inwieweit das geltende Recht Feststellungsverträge kennt, hat nur dann ihre Berechtigung, wenn nachgewiesen wird, daß solche Vereinbarungen im täglichen Leben vorkommen. Es ist nämlich wiederholt im Schrifttum versucht worden, eine juristische Erörterung über diese Frage aus dem Grunde abzulehnen, daß für Vereinbarungen der genannten Art gar kein praktisches Bedürfnis vorhanden sei. Dessen Nachweis muß daher die Grundlage der vorliegenden Erörterung bilden.

Wer in einem angestrengten Rechtsstreit obsiegen will, weil er glaubt, einen begründeten Anspruch zu haben, kann nur dann Erfolg mit seiner Klage haben, wenn er beweist, daß die tatsächlichen Voraussetzungen des Anspruchs bestehen. Er wird also das größte Interesse an einer sicheren

Feststellung dieser Tatsachen

haben, da sehr oft der Ausgang des Prozesses von der Beweiserbringung abhängt. Die Frage des Beweises gehört mit zu den wichtigsten, aber auch schwierigsten des ganzen Prozesses. Die Sicherung des Beweises liegt daher im höchsten Interesse der Parteien. Demzufolge eröffnet auch die Zivilprozeßordnung im § 485 den Parteien die Möglichkeit, schon vor Prozeßbeginn Vereinbarungen über die Sicherung des Beweises zu treffen. Diese Verträge, die wir zur besseren Unterscheidung von den im II. Abschnitt zu behandelnden Beweissicherungsverträge nennen wollen, haben unmittelbare prozessuale Wirkung. Sie stehen hier nicht zur Erörterung. Hier handelt es sich um Vereinbarungen mit dem Gegner, die die Sicherung des Beweises — im wesentlichen in drei verschiedenen anderen Richtungen — bezwecken.

Andererseits liegt aber auch die Vermeidung eines Rechtsstreits häufig im Interesse der Parteien, sei es, daß sie die Kosten ersparen oder sei es, daß sie die Zeit nicht verlieren wollen, die die Führung eines Prozesses erfordert. In solchen Fällen haben die Parteien ein erhebliches Interesse daran, daß die Rechtsverhältnisse zwischen ihnen ein für allemal festgestellt werden. Eine solche Feststellung muß endgültig sein, wenn sie von Wert sein soll. Wir nennen deshalb Verträge, die den Streit endgültig erledigen, Erledigungsverträge. Die Parteien schließen aber auch, um eine Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO. entbehrlich zu machen, Anerkennungs oder Feststellungsverträge, die den Zweck haben, ein zwischen ihnen bestehendes Rechtsverhältnis unumstößlich zu sichern. Denn, wie Leonhard richtig definiert [1]: „Feststellen heißt, gegen Umwerfen sichern". Wo keine Gefahr be

[1]) ZZP. Bd. 15 S. 357.

steht, da ist auch kein Feststellungsbedürfnis vorhanden. Eine solche Gefahr taucht aber schon dann auf, wenn die Parteien mit der Möglichkeit rechnen, daß gegen das Rechtsverhältnis Einwendungen erhoben werden könnten und diese Gefahr kann endgültig nur durch die im III. Abschnitt unter C. zu behandelnden Erledigungsverträge beseitigt werden. Ein Verzicht auf Einreden und dergl. führt hier nicht zum Ziele, da man nur auf etwas verzichten kann, das einem zusteht. Der Erledigungsvertrag dagegen beseitigt auch solche Einreden, mit deren möglichem Vorhandensein die Parteien zur Zeit des Abschlusses des Vertrages rechnen mußten. Wie die Rechtsfälle in der Praxis zeigen [2]), ist den Parteien auch mit dem Abschluß eines Vergleiches (§ 779 BGB.) häufig nicht gedient, da dieser ein gegenseitiges Nachgeben voraussetzt. Es muß daher auch möglich sein, ohne gegenseitiges Nachgeben ein Rechtsverhältnis endgültig festzustellen. Diese Aufgabe erfüllt der Erledigungsvertrag. Schließlich ist auch in der Wissenschaft die Befürwortung dieses Erledigungsvertrages über Rechtsverhältnisse die einzige Möglichkeit, um bei der Streitfrage über die Rechtsnatur des prozessualen Anerkenntnisses die herrschende Doppelnaturtheorie stichhaltig begründen zu können.

Nach alledem verlohnt es sich, Voraussetzung und Wirkung derartiger Verträge näher zu untersuchen, wie dies im III. Abschnitt geschehen wird. In dem folgenden Abschnitt werden aber zunächst solche Verträge zu behandeln sein, die die Feststellung von Tatsachen zum Ziele haben.

---

[2]) RG. JW. 1906 S. 742; JW. 1916 S. 960; JW. 1920 S. 487.

II. Abschnitt.

Feststellung von Tatsachen.

A. Die sogenannten Beweisverträge.

§ 2. Der Geständnisvertrag als Beweisvertrag.

(Abgrenzung gegenüber anderen „Beweisverträgen".)

In vielen Fällen versucht der Kläger des künftigen Rechtsstreits die Feststellung der rechtserheblichen Tatsachen dadurch zu erreichen, daß er einen Vertrag mit dem Beklagten schließt, der dessen Verpflichtung enthält, die festgestellten Tatsachen nicht bestreiten zu wollen. Einen solchen Vertrag bezeichnet man in der Wissenschaft als außergerichtliches Geständnis oder als Geständnisvertrag. Es fragt sich, ob dieser Geständnisvertrag seinen Zweck erreicht, nämlich die Feststellung von Tatsachen; es wird dies bedeutsam im Prozeß, denn der Richter darf Tatsachen, die bestritten werden, nur dann berücksichtigen, wenn die beweisbelastete Partei ihn von deren Wahrheit überzeugt hat. Zweifellos erreicht der Vertrag sein Ziel, wenn der Beklagte vertragstreu bleibt; denn die vom Kläger vorgebrachten Tatsachen bedürfen nur insoweit eines Beweises, als sie bestritten werden. (§§ 138, 288 ZPO.). Die Frage spitzt sich also darauf zu, ob der Richter die vertraglich festgestellten Tatsachen, wenn sie vertragswidrig dennoch bestritten werden, seinem Urteil zu Grunde zu legen hat. Die Beantwortung dieser Frage hängt von der folgenden rechtlichen Beurteilung des hier ausschließlich als „Beweisvertrag" bezeichneten Geständnisvertrages ab.

Diese bietet insofern große Schwierigkeiten, als einmal in der Literatur und Praxis unter „Beweisvertrag" die verschiedensten Dinge verstanden werden, und andererseits sich der Beweisvertrag als Stiefkind von Gesetzgebung und Wissenschaft größter Unbeliebtheit erfreut. Nur zwei Beispiele mögen das darlegen:

Die Motive zur Zivilprozeßordnung[1]) verweisen den Geständnisvertrag in das bürgerliche Recht, weil es nicht Aufgabe der Zivilprozeßordnung sei, die schwierige Materie vom Anerkennungsvertrage zu regeln. Das Herausgreifen einzelner Fragen, wie es im § 564 des norddeutschen Entwurfs geschehen sei, erscheine nicht zweckmäßig[2]).

Gerade die gegenteilige Meinung vertreten die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch[3]), indem sie bemerken, Bestimmungen über das vertrags

---

1) Hahn, II S. 263, 321.
2) Vergl. v. Liebe, Gruch Bd. 28 S. 566.
3) II S. 296.

mäßige schriftliche außergerichtliche Tatsachengeständnis (Beweisvertrag) zu treffen, müßte der Zivilprozeßordnung überlassen werden. Die Ansicht, daß solche Vorschriften in das bürgerliche Recht gehörten, sei nicht anzuerkennen [4]). In der Novelle zur ZPO. von 1898 ist eine Regelung jedoch unterblieben, sodaß sich weder im BGB. noch in der ZPO. Vorschriften über den Beweisvertrag finden. Die Lösung der Frage, ob Beweisverträge zulässig sind, ist damit der Wissenschaft überlassen worden. Es wird daher interessieren, daß ein Teil des Schrifttums genau auf demselben gegensätzlichen Standpunkt steht, wie die Motive zur ZPO. und zum BGB.

So sagt J. W. Planck [5]), die rechtliche Bedeutung der außergerichtlichen Erklärung des Angegriffenen, das Vorbringen des Angreifers nicht bestreiten zu wollen, bestimme sich nicht nach Prozeßrecht, sondern nach Zivilrecht. Denn der Angegriffene verzichte nicht dem Prozeßgericht gegenüber auf seine Verteidigung, sondern verpflichte sich dem Angreifer gegenüber, von seinem Prozeßrecht der Verteidigung keinen Gebrauch zu machen.

Von dieser Ansicht ist G. Planck [6]) keineswegs überzeugt. Im Gegenteil glaubt er, die Frage, welche Bedeutung dem Umstande, daß sich jemand schuldrechtlich verpflichtet, eine bestimmte Tatsache als richtig gelten zu lassen, für den Beweis im Prozeß beizulegen sein, müsse nach den Grundsätzen des Prozeßrechts entschieden werden. Denn über das vertragsmäßige außergerichtliche Geständnis (Beweisvertrag) enthalte das Bürgerliche Gesetzbuch keine Bestimmungen.

Nicht weniger unerfreulich ist es, wenn man im Schrifttum feststellen muß, daß unter dem Begriff „Beweisvertrag" ganz Verschiedenartiges verstanden wird, und deshalb auch ganz abweichende Begründungen für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit dieses Vertrages gegeben werden.

So nennt J. W. Planck [7]) den Vertrag, durch den sich der Erklärende verpflichtet, das Angegebene künftig nicht zu bestreiten, „nach Analogie des Ausdrucks Geständnis in § 288 ZPO. Geständnisvertrag". Enthält dieser Vertrag aber die Beschränkung, daß der Erklärende nur für den Fall nicht bestreiten will, falls es ihm nicht gelingen sollte, den künftigen Richter von der Unrichtigkeit der Angriffsbehauptung zu überzeugen, so handelt es sich nach Planck [8]) um einen Beweisvertrag. Da Planck diesen Typus des Vertrages näher dahingehend umschreibt, der Erklärende verzichte auf den Beweis des Klägers, behalte sich aber seine eigene Tätigkeit in entgegengesetzter Richtung vor, so nennt ihn Bülow [9]) schon mit größerem Recht „Beweisverzichtsvertrag". Denn in der Tat ist Planck der Auffassung, die Parteien könnten im Voraus außerhalb des Prozesses auf das Recht der prozessualischen Bestreitung vertragsmäßig verzichten.

Da aber der Erklärende dem Resultat nach die den Kläger eigentlich treffende Beweislast übernimmt, so werden wir derartigen Verträgen mit

---

4) Vergl. Sachse, ZZP. Bd. 54 S. 411; Schüller S. 9.
5) Zivilprozeß I § 63.
6) Komm. zum BGB. 4. Aufl. 1928 II 2 Erl. 6 zu „ 781.
7) Zivilprozeß I S. 339.
8) I S. 340.
9) Geständnisrecht S. 25 Anm. 1.

Kohler[10]) und Stein-Jonas[11]) den treffenderen Namen „Beweislastverträge" geben. Denn uns scheint die Wach'sche Unterscheidung in vollkommenen und unvollkommenen Beweisvertrag[12]) ebenso nichtssagend zu sein, wie es umständlich ist, den jeweiligen Beweisvertrag, der nun eigentlich gemeint sein soll, mit „in dem Sinne, daß . . . ." jedesmal zu umschreiben[13]). Nimmt man noch hinzu, daß viele Schriftsteller auch eine Vereinbarung der Parteien über den Ausschluß von Beweis-mitteln als Beweisvertrag bezeichnen[14]), so kann man wohl mit Recht sagen, daß man sich in der „Definition dessen, was man Beweisvertrag nennt, durchaus noch nicht einig ist"[15]). Umsomehr ist es zu verwerfen, daß meist ganz allgemein gefragt wird, ob Beweisverträge statthaft sind: auf diese verfehlte Fragestellung weist besonders Leonhard[16]) hin. Denn die wissenschaftliche Lösung einer Frage ist bedingt durch die richtige Problemstellung. Diese geht beim Beweisvertrag dahin: Ist es möglich, durch Verträge den Richter zu zwingen, bestimmten Tatsachen eine gewisse Beweiskraft zuzulegen? Können die Parteien einen derartigen Einfluß auf die Beweisführung ausüben?

Zu dieser Fragestellung können allerdings alle die Schriftsteller nicht kommen, die mit Gautschi[17]) es ablehnen, zwischen Beweislast und Beweiswürdigung eine scharfe Grenze zu ziehen. Eine solche Trennung ist aber unbedingt erforderlich, denn die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit von Beweisverträgen muß für die Regeln der Beweislast und Beweisführung verschieden lauten[18]), da beide in wesentlichen Punkten erhebliche Verschiedenheiten aufweisen.

Die Beweislast gibt darüber Auskunft, was geschieht, wenn die Tatsache nicht erwiesen wird, oder, wie das Reichsgericht einmal ausgeführt hat[19]), die Beweislast gibt den Ausschlag, welcher Partei die Nichterwiesenheit einer rechtserheblichen Tatsache zum Nachteil gereicht, wenn die Waagschalen des Beweises für und wider gleich stehen. Die Beweislast ist also die Lehre von den Folgen der Beweislosigkeit[20]). Sie betrifft nicht die Frage, wer etwas beweisen muß, sondern nur, was bewiesen sein muß. Da die Beweislast ganz von der besonderen Prozeßlage absieht[21]), ist sie stets fest bestimmt. Deshalb muß man für die Beweislast ganz feste Rechtsregeln aufstellen[22]).

Dagegen soll die Beweiswürdigung gerade frei sein und ist dem entsprechend in jedem Falle verschieden[23]). Sie beruht teils auf den Regeln

---

10) Gruch Bd. 31 S. 306.

11) Erl. IV 3 zu § 282 ZPO.

12) Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 218 und 229.

13) Laemann Bürg. Arch. Bd. 31 S. 58; Unger S. 212; Bruns Zeitschr. f. Rechtsg. I S. 126; Renaut Lehrb. S. 282.

14) Stein-Jonas Erl. VII zu § 282; RG. Bd. 96 S. 59.

15) Wendt Beweis- und Beweismittel Arch. z. Prax. Bd. 63 S. 297.

16) Beweislast II. Aufl. S. 198.

17) S. 30 ff.

18) Leonhard Krit. Viert. J-Schr. Bd. 52 S. 278—286.

19) RG. in Seuff. Arch. Bd. 44 Nr. 144.

20) Leonhard, Beweislast S. 128.

21) Dagg. Stein-Jonas Erl. IV 1 zu § 282.

22) Leonhard Krit. Viert. J. Schr. Bd. 52 S. 280.

23) Leonhard Beweislast S. 192.

der Wahrscheinlichkeit, teils auf denen der Billigkeit. Auch können gegen eine Partei ihre eigenen Handlungen zeugen; z. B. das außergerichtliche Geständnis kann erheblichen Einfluß auf die Beweisführung haben, besonders dann, wenn es gegenüber dem Gegner schriftlich abgegeben ist [24]). Immer wirkt die besondere Lage des einzelnen Prozesses auf die Gestaltung der Beweisführung zurück. Es ist daher unmöglich, auch für die Beweiswürdigung feste Regeln zu geben [25]), denn die Erfahrungssätze, die große Bedeutung für die Beweiswürdigung haben, sind keine Rechtssätze. Man darf sie vor allem nicht mit den Vermutungen verwechseln, die auf einem Rechtssatz beruhen und daher genau festgestellt werden müssen [26]). Dagegen wäre es unsinnig, die praktischen Lebensregeln zu kodifizieren, wie man es in der Tat versucht hat [27]). Denn das Wesen der freien Beweiswürdigung besteht ja gerade darin, daß die Sätze der Beweis f ü h r u n g dehnbar und schwankend sein müssen, um der Billigkeit den nötigen Spielraum zu lassen. Dagegen muß die Beweis l a s t abstrakt und fest bestimmt sein, um in Fällen völliger Unklarheit eine Entscheidung zu ermöglichen. Schließlich liegt der für unser Problem wichtigste Unterschied darin, daß nur die Regeln der Beweisführung zwingendes Recht enthalten. Damit wird unsere Entscheidung schon angedeutet, daß Beweisverträge nur insoweit für den Richter unverbindlich sind, als sie versuchen in öffentlich-rechtliche Beweisfragen einzugreifen [28]). Ebenso scharf, wie zwischen Beweislast und Beweisführung, ist zu unterscheiden, ob der Vertrag die Regeln der Beweislast oder der Beweisführung bestimmen will. Nur im letzteren Fall nennen wir ihn Beweisvertrag und unterscheiden ihn so vom Beweislastvertrag.

Jedoch ist auch hier zu beachten, ob sich der Vertrag auf Tatsachen oder Rechtsverhältnisse erstreckt. Gemäß unserer Gliederung wird hier nur das Tatsachengeständnis (der Geständnisvertrag) als Beweisvertrag zu behandeln sein, während das außergerichtliche Anerkenntnis, das den Anspruch selbst betrifft, einer späteren Erörterung vorbehalten bleibt (III. Abschnitt). Die Erklärung muß sich also auf Tatsachen beziehen, denn nur in diesem Fall kann von einem Ausschluß des Beweises die Rede sein. Aber das Geständnis kann die Tatsache auch in ihrer juristischen Einkleidung zum Gegenstande haben, also als juristisches Urteil auftreten, wenn die richtige Subsumtion der Tatsachen durch das Verständnis des Gestehenden gewährleistet ist [29]). Es kann z. B. in dem Geständnis einer Tatsache, dem Empfang eines Darlehens, eines solches Rechtsgeständnis eingekleidet sein.

§ 3. Der Beweisvertrag.

In der Wissenschaft hat man wiederholt die Behauptung aufgestellt, ein solches außergerichtliches Geständnis stelle einen gültigen Beweisvertrag dar. So führt Renaud [1]) aus: „Obwohl das außergerichtliche Geständnis als ein

---

[24]) Beckh S. 221 f.; RG. Bd. 6 S. 197; Gruch Bd. 33 S. 976; Gruch Bd. 34 S. 728.

[25]) Dagg. Gautschi S. 20 ff.

[26]) Leonhard, Beweislast S. 193.

[27]) Vergl. die Angaben bei Leonhard, Beweislast I. Aufl. S. 116 ff.

[28]) Leonhard, Schuldrecht II S. 347.

[29]) Schüller § 2.

[1]) Lehrb. II. Aufl. S. 282.

Zeugnis erscheint, so liegt dessen Beweiskraft doch nicht in der inneren Glaubwürdigkeit einer Äußerung, welche jemand zu seinem Nachteil ablegt, sondern in dem W i l l e n des Bekennenden, eine wahrheitsgemäße T a t s a c h e gegenüber einer gegebenen anderen Person ein- für allemal f e s t z u s t e l l e n". Auch nach Windscheid [2]) ist eine Tatsachenfeststellung möglich, welche das Festgestellte zur völligen Unbestreitbarkeit zu erheben bezweckt. Den Inhalt eines solchen Feststellungsvertrages bestimmt Windscheid [3]) als die Verpflichtung, „das bestehend Anerkannte nicht bestreiten, das als nichtbestehend Anerkannte nicht behaupten zu wollen" [4]). Diese vertragsmäßige Anerkennung stelle eine Vorwegnahme des gerichtlichen Geständnisses dar und sei wie dieses unwiderruflich. (vergl. § 290 ZPO.). Ferner steht J. W. Planck [5]) auf dem Standpunkt, die Parteien könnten sich zum prozessualischen Nichtbestreiten verpflichten; der Beweis gewisser Tatsachen, auch wenn sie im Prozeß bestritten würden, müsse dann unterbleiben, wenn die Parteien es ausbedungen hätten. Denn der Zweck der Parteien, einerlei aus welchen Motiven, sei Sicherung des Erklärungsempfängers gegen künftiges Bestreiten des Erklärenden. Dieser Zweck könne zwar durch eine W i s s e n serklärung nicht erreicht werden, da diese nur als Beweismittel in Betracht kommen könne. Dagegen werde der Zweck vollständig erreicht durch eine W i l l e n serklärung, durch welche sich der Erklärende verpflichte, das Angegebene künftig nicht zu bestreiten. Denn eine solche Erklärung verhindere den Richter an der Prüfung der Richtigkeit der Angriffsbehauptung, weil der Angegriffene das Prozeßrecht, eine solche zu verlangen, verloren habe. Das außergerichtliche Geständnis wirke daher, wie das gerichtliche, als formeller Beweis.

Besonders hier bei Planck [6]) ist es interessant, festzustellen, welche Wirkung nun eigentlich diesem Geständnisvertrag zugeschrieben wird. Denn hier treffen bürgerlich-rechtliche u n d prozessuale Wirksamkeit zusammen: Zunächst führt Planck aus [7]), es bestimme sich nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, inwieweit d e r G e s t e h e n d e durch den Geständnisvertrag gebunden sei. Darüber hinaus aber glaubt Planck [8]) dem Geständnisvertrag auch noch eine weitergehende Wirksamkeit geben zu müssen, dahingehend, daß der Beklagte im Prozeß als zugestehend behandelt werde, sobald der Abschluß des Geständnisvertrages erwiesen sei. Bestreitet der Beklagte der Verpflichtung zuwider und berufe sich der Kläger demgegenüber auf das außergerichtliche Geständnis, so beseitige dies „wie sonst das gerichtliche Geständnis die Notwendigkeit einer Beweisführung des Klägers". Die Erfüllung des „Beweisvertrages" wird also durch eine dogmatische Fiktion erzwungen, in dem diese, obwohl sie nicht erfolgt ist, als geschehen angenommen wird [9]).

Wenn man den Anhängern des Beweisvertrages vorgeworfen hat, der

---

[2]) Lehrb. § 412 a Note 1; ebenso Savigny, System VII S. 11; Bethmann-Hollweg, Röm. ZP. II S. 596; Versuche S. 316.

[3]) a. a. O. Note 5.

[4]) vergl. v. Liebe, Der abstrakte Vertrag, Gruch. Bd. 28 S. 561.

[5]) Zivilprozeß I S. 339.

[6]) Lehrb. S. 341.

[7]) a. a. O. S. 341.

[8]) a. a. O. S. 342.

[9]) Bülow, Außergerichtliche Parteiverträge über den zukünftigen prozessualen Beweis, Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 66.

Vertragsgegenstand unterliege nicht der Dispositionsbefugnis der Parteien, so hat man damit Planck Unrecht getan. Denn Planck [10]) kommt zu dem überraschenden Ergebnis, daß das Gericht durch das nachgewiesene außergerichtliche Geständnis nur soweit gebunden werde, als die Dispositionsbefugnis des Beklagten reiche. Wie weit diese aber reicht, vermag Planck, wie er selbst zugibt [11]), nicht festzustellen. Auch er scheitert an der Unmöglichkeit, für die Beweiswürdigung des Richters feste Regeln aufzustellen [12]). Auch er kann eine Bindung des Richters nur da finden, wo sie im Gesetz ausdrücklich angeordnet ist: eine solche gesetzliche Bindung findet aber nur statt, wenn der Beklagte seine Verpflichtung aus dem Nichtbestreitungsvertrage erfüllt, nur dann sind die „festgestellten" Tatsachen gemäß § 138 Abs. 2 ZPO. vom Richter als zugestanden zu behandeln und bedürfen nach § 288 Abs. 1 ZPO. keines Beweises.

Im praktischen Ergebnis läuft daher die Untersuchung darauf hinaus, daß eine Bindung des Richters, soweit diese nicht schon in der ZPO. (z. B. in § 308) angeordnet ist, durch eine außergerichtliche Vereinbarung der Parteien nicht herbeigeführt werden kann.

Demgegenüber kommen aber andere Schriftsteller zu einer r e i n prozessualen Wirkung des Beweisvertrages, als welchen sie auch den Anerkennungsvertrag ansehen [13]). Hier ist besonders Bruns [14]) zu nennen, der im Verlaufe einer Kritik des Bär'schen Anerkennungsvertrags zu dem Ergebnis kommt, Gegenstand dieses Vertrages sei nicht, wie Bär meine, die Z a h l u n g der Schuld, sondern der B e w e i s der Schuld. Durch diesen „Beweisvertrag" solle dem Gläubiger der Beweis der Schuld erleichtert, vereinfacht und gesichert werden. Bruns ist in der Tat einer der wenigen Schriftsteller (neben Renaud), die mit Konsequenz die Bindung des Richters an einen Beweisvertrag bejaht haben. Der Richter d ü r f e in dem Umfange, als der Schuldner die Schuld „als bewiesen gelten lassen zu wollen erklärt habe", keinen weiteren Beweis vom Gläubiger verlangen, sondern m ü s s e die Schuld als bewiesen ansehen. In dieser Folgerung sind ihm nur von Bethmann-Hollweg [15]) und Wetzell [16]) gefolgt. Bruns begründet seine Auffassung damit, daß andernfalls der Richter „entweder das Dispositionsrecht der Parteien beeinträchtigen und in eine inquisitorische Bevormundung verfallen, oder den Schuldner in einem Treubruche unterstützen würde", da der Gläubiger doch berechtigt gewesen wäre, sich auf den Beweisvertrag zu verlassen. Wenn auch Bruns nicht so weit geht, dem „Beweisvertrag" die formelle Kraft eines gerichtlichen Geständnisses zuzusprechen [17]), wie dies J. W. Planck mittels seiner dogmatischen Fiktion versucht [18]), so stehen doch schon dieser Begrün-

---

[10]) Lehrb. S. 344.

[11]) § 62 S. 331.

[12]) vergl. bes. a. a. O. S. 333 zu 7 d.

[13]) Bülow, Dispositives Zivilrecht Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 65 Anm. 40.

[14]) Zeitschr. f. Rechtsg. I (1851) S. 127; vergl. ferner die bei v. Liebe, Gruch. Bd. 28 S. 562 genannten Schriftsteller.

[15]) Röm. ZP. Bd. II S. 596, vergl. besonders Anm. 57.

[16]) Zivilprozeß § 22.

[17]) Zeitschr. f. Rechtsg. I S. 128.

[18]) Lehrb. S. 342.

dung die erheblichsten Bedenken gegenüber. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit ist nicht auf den Prozeß anzuwenden[19]). Das Zivilprozeßrecht unterliegt als öffentliches Recht nur insoweit den Dispositionen der Parteien, als sich eine solche Befugnis aus Vorschriften der Zivilprozeßordnung ableiten läßt[20]). Dies ist für den Beweis nirgends erfolgt. Im Gegenteil spricht das Gesetz im § 286 ZPO. den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung aus. Es würde daher eine unzulässige Beschränkung der Beweisführung[21]), einen Eingriff in das Gebiet der richterlichen Überzeugung[22]) bedeuten, wollte man den Richter an eine außergerichtliche *Feststellung von Tatsachen* binden[23]).

Völlig verfehlt erscheint aber die weitere Begründung bei Bruns[24]): Weil es dem Aussteller doch „unbenommen bleibe, wenn er findet, daß er sich geirrt (!) hat, dieses noch geltend zu machen", so könne sein Verpflichtungswille nicht auf ein Zahlungsversprechen, sondern nur auf ein Beweisversprechen gerichtet sein. Diese Meinung beruht auf einer Verkennung der Anfechtung wegen Irrtums, worauf Bähr[25]) mit Recht aufmerksam macht. Denn die Anfechtungsmöglichkeit wird nicht deshalb gegeben, weil der Verpflichtungswille den Vorbehalt in sich selbst trägt, sondern, *obgleich es nicht* in diesem Willen liegt, der ja auf eine unbedingte Verpflichtung gerichtet ist, gestattet das Gesetz aus Billigkeitsgründen die Anfechtung, damit sich der Anfechtende von der Verpflichtung befreien kann[26]). Mit Recht wird diese Deutung des Anerkennungsvertrages durch Bruns von dem Begründer der Anerkennungstheorie zurückgewiesen[27]). Es ist aber darauf hinzuweisen, daß die später ausführlich darzulegenden Gründe, die gegen einen Vertrag über die Beweisführung sprechen, sich nur gegen die Gestaltung des Beweisvertrages richten, wie sie bei Planck der „Geständnisvertrag" und bei Bruns der „Anerkennungsvertrag" erhalten haben. Die im Schrifttum gegen die weiteren Verteidiger des Beweisvertrages geführten Angriffe gehen fehl.

Zwar zeigt der Bruns'sche Beweisvertrag, wenn er die Erklärung enthalten soll, „den klägerischen Anspruch nicht zu bestreiten"[28]), eine wesentliche Ähnlichkeit mit der Lacmann'schen Auffassung[29]). Denn auch nach Lacmann[30]) hat der Beweisvertrag *die* Wirkung, daß er den Schuldner der materiellen Substantiierung[31]) und damit des Beweises der Schuld-

[19]) Bülow Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 42 ff.; Wetzell, Zivilprozeß § 43 S. 515 ff.

[20]) Eck, Verhandlungen d. 9ten DJT. Bd. 2 S. 450; v. Liebe, Gruch. Bd. 28 S. 563 f.

[21]) RG. Bd. 96 S. 59.

[22]) Kohler, Gruch. Bd. 31 S. 304; Wach, Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 218; Hegler, Anerkenntnis, S. 125 Anm. 1; Wendt, Arch. z. Prax. Bd. 63 S. 297.

[23]) ebenso. Göß Verh. d. 8ten DJT. I S. 320—324; Heim S. 130 f.

[24]) Z. f. R. Bd. 1 S. 128.

[25]) Anerkennung § 67: Der moderne „Beweisvertrag".

[26]) Bähr, Anerkennung S. 306.

[27]) Vergl. die grundlegende Schrift von Bähr aus d. J. 1855.

[28]) Z. f. R. Bd. 1 S. 126.

[29]) Bürg. Arch. Bd. 31 (1908) S. 55.

[30]) a. a. O. S. 58.

[31]) Daher sprechen Wach Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 234 und Unger S. 212 von einem „Substantiierungsvertrag".

tilgung[32]) überhebt[33]), weil der Gläubiger sie nicht bestreiten darf. Während aber nach Bruns der Schuldner durch eine vertragsmäßige Beweisvorschrift geschützt wird, indem das anerkannte als bewiesen gelten soll, wird nach Lacmann der Schuldner des Beweises überhoben. Lacmann selbst bekämpft ja gerade die Bruns'sche Auffassung, daß der Richter durch eine vertragsmäßige Beweisregel genau so gebunden werden könne, wie durch eine gesetzliche Vorschrift; dem Gesetz wohne die Macht inne, der freien Überzeugung des Richters Schranken zu setzen, nicht aber vermöge eine Vereinbarung der Parteien dem Richter die Möglichkeit freier Beweiswürdigung zu entziehen[34]). Die Vertragsgegenstände der Lacmann'schen und Bruns'schen Beweisverträge unterscheiden sich demnach in gleicher Weise wie die gesetzliche Beweislast von der gesetzlichen Beweisregel. Auch Zimmermann[35]), der die Möglichkeit eines Beweisvertrages anerkennt und sich dabei irreführend auf Bruns[36]) beruft, sieht die Wirksamkeit nicht in der Bindung des Richters, sondern darin, daß die Parteien sich selbst binden. Es handle sich garnicht um einen dem Richter[37]) zu liefernden Beweis, sondern um das, was die Parteien unter sich als Wahrheit gelten lassen wollten. Immerhin ist auch Zimmermann der Auffassung[38]), daß der Beweisvertrag auch in der ihm von Bruns gegebenen Begrenzung vorkommen könne.

Bemerkenswert ist, daß Zimmermann die Bedeutung des Beweisvertrages dadurch zu steigern sucht, daß er die Anfechtungsmöglichkeit erschwert. Denn der Anerkennungsvertrag in seiner Gestaltung als Beweisvertrag schließe nicht nur eine Befreiung des Gläubigers vom weiteren Beweise, sondern zugleich einen Verzicht des Schuldners auf den Gegenbeweis in sich. Daher könne der Schuldner den Vertrag nicht durch den einfachen Beweis, daß die Sache sich anders verhalten habe, sondern nur auf Grund eines entschuldbaren Irrtums anfechten. Dagegen kommt es nach Bruns[39]) nicht auf die Entschuldbarkeit des Irrtums an, sondern es genügt, daß der Schuldner beweist, daß er sich geirrt habe und daß die Sache sich in Wirklichkeit anders verhalte. Diese Anfechtungsmöglichkeit entnimmt Bruns der besonderen (?) Natur des Anerkennungsvertrages.

Noch weitergehend lassen Crome[40]) und v. Bethmann-Hollweg[41]) den Beweis der tatsächlichen Unrichtigkeit des Anerkannten als Gegenbeweis genügen.

Im Anklang an Planck nimmt auch Sachse an[42]), daß der Geständnisvertrag ein prozessualer Vertrag mit rein prozessualen Wirkungen sei, da es sich um die Gestaltung der prozessualen Rechtslage handle. Dem Zivilrecht gehöre zwar meist der Streitgegenstand an, aber durch den zivilrechtlichen

---

32) Lacmann behandelt die Rechtsnatur der Quittung.
33) im Original ebenfalls gesperrt.
34) so auch Wach Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 218.
35) Verh. des 9ten DJT.. (1870) S. 470 f.
36) Z. f. R. Bd. 1 S. 126 ff.
37) im Original ebenfalls gesperrt.
38) a. a. O. Anm. 31.
39) Z. f. R. Bd. 1 S. 128.
40) II § 305 Anm. 4.
41) Röm. Zivilprozeß II S. 596.
42) ZZP. Bd. 54 S. 410 ff.

Vertrag würden nur zivilrechtliche Pflichten und Rechte begründet, aufgehoben oder geändert. Dagegen regele der prozeßrechtliche Vertrag die rechtliche Stellung der Parteien im Prozeß [43]). Daraus, daß ein Vertrag außerhalb des Prozesses geschlossen sei, folge noch nichts für seine privatrechtliche Natur. Die Wirksamkeit dieses prozessualen Vertrages ergebe sich aus dem Prozeßrecht. Ebenso wie Planck sieht auch Sachse diese Wirkung darin, daß die vertragsmäßig festgestellte Tatsache im Prozeß so behandelt wird, als sei sie unbestritten. Ein Streit über die Tatsache sei vorbehaltlich des etwa zulässigen Gegenbeweises unzulässig. Der Beklagte habe die Befugnis zum Bestreiten verloren, weil er darauf verzichtet habe.

Sachses Ansicht findet ihren letzten Grund darin, daß auch dem Zivilprozeßrecht in manchen Fällen nachgiebiger Charakter zugesprochen wird. Der einzige Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht bestehe darin, daß im öffentlichen Recht seltener Nachgiebigkeit angenommen werden dürfe [44]). Diese Ansicht hat Bülow in seiner Abhandlung über „Dispositives Zivilprozeßrecht" [45]) so gründlich widerlegt, daß an dieser Stelle auf die Kritik der Privatrechtstheorie überhaupt verwiesen werden kann.

Besonders aber sind es im wesentlichen drei weitere Begründungen, mit denen Sachse die Gültigkeit und prozessuale Wirksamkeit des Beweisvertrages nachzuweisen versucht. Sie bedürfen daher im folgenden ihrer besonderen Prüfung und Widerlegung.

Zunächst gibt Sachse eine Begründung unter Heranziehung des bürgerlich-rechtlichen Vergleichs. Ebenso wie man durch Vertrag zweifelhafte Rechte feststellen könne, könne man auch durch besondere Vereinbarungen ungewisse Tatsachen feststellen [46]). Durch eine solche weitläufige Beweisaufnahme würden Kosten vermieden, die Aufwendung von Richterkraft werde erspart und damit sei nicht nur dem Parteiinteresse, sondern auch dem öffentlichen Interesse gedient. Die Parteien wollten auch nicht, wie die Gegner vielfach behaupteten [47]), dem Richter ein verzerrtes Bild vortragen, sondern im Gegenteil gingen sie von der Wahrheit der Tatsachen aus, wenn sie sich dahin einigten, gewisse Tatsachen im Prozeß als feststehend zu behandeln. Handle es sich aber um zweifelhafte Tatsachen, so diene die Vereinbarung gerade dazu, diese Ungewißheit zu beseitigen [48]).

Diese Begründung ist auf der fehlerhaften gleichmäßigen Behandlung von Tatsachen und Rechtsverhältnissen aufgebaut. Rechtsverhältnisse kann man durch Vergleich feststellen, da man sie im Falle des Nichtbestehens schaffen kann. Tatsachen aber können die Parteien nicht schaffen; unwahre Tatsachen können sie nicht zu wahren machen und „nicht vorhandene Tatsachen können sie nicht der Überzeugung des Richters auroktrovieren" [49]). Aus der

---

[43]) Vergl. Wach' Handb. Bd. 1 § 9; Hellwig, System § 151 f.

[44]) JZP. Bd. 54 S. 412; vergl. dagg. Pollack, Geständnis S. 48; Bunsen JZP. Bd. 35 S. 407.

[45]) Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 1—109.

[46]) JZP. Bd. 54 S. 413.

[47]) Vergl. insbes. Hellwig, System Bd. 1 S. 140, 407; Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 19 f.

[48]) JZP. Bd. 54 S. 413.

[49]) Kohler, Gruch. Bd. 31 S. 306.

Heranziehung des bürgerlich-rechtlichen Vergleichs läßt sich daher kein Argument für die Wirksamkeit des Beweisvertrages gewinnen.

Ebensowenig läßt sich diese Wirksamkeit aus einer Gegenüberstellung von gerichtlichem und außergerichtlichem Geständnis dartun. Mit geschickten Wendungen legt Sachse dar, daß im Zivilprozeß der Grundsatz der freien Beweiswürdigung durchbrochen ist. Das ist aber nichts besonderes, denn in den §§ 288, 308, 463 ZPO. ist eine solche Durchbrechung ja gesetzlich geregelt. Dem Privatwillen muß ja auch Einfluß auf die Gestaltung des Zivilprozesses gewährt werden, denn dieser dient ja dem Schutze privater Interessen [50]). Sachse geht aber weiter, indem er behauptet, gerade so gut wie der Richter mittels gerichtlichen Geständnisses durch Parteiwillkür gebunden werden können, sei dies auch durch außergerichtliches Geständnis möglich [51]). Hier wie dort könne die Partei eine Tatsache, selbst wenn sie unwahr sein sollte, dadurch für den Richter bindend feststellen, daß sie die Tatsache zugestehe. Wenn auch zwischen außergerichtlichem Geständnisvertrag und gerichtlichem Geständnis gewisse Unterschiede beständen, in der Wirkung, nämlich der Bindung des Richters durch Parteiwillkür, bestehe kein Unterschied [52]).

Sachse hat hier aber nicht geprüft, wodurch die Bindung des Richters erreicht wird, sonst hätte er den entscheidenden Unterschied finden müssen. Denn das Gesetz hat in § 288 Abs. 1 ZPO. die Bindung des Richters an das gerichtliche Geständnis angeordnet.

Ebenso versagt das Beweismittel Sachse's, die Parteien könnten doch auch Vereinbarungen über den Gerichtsstand treffen. Auch hier beruht die Zulässigkeit auf ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift in den §§ 38, 39 ZPO.

Was aber das Gesetz kann, ist den Parteien noch lange nicht erlaubt. Vielmehr gilt hier im öffentlichen Recht der Satz: Was nicht erlaubt ist, ist verboten. Da den Parteien außerhalb des Prozesses keine Möglichkeit gesetzlich gegeben wird, Tatsachen, bindend für den Richter, festzustellen, so kann eben eine solche Bindung außergerichtlich nicht erreicht werden [53]).

Schließlich ist für Sachse [54]) ein weiteres Beweismittel dafür, daß ein Tatsachen-Feststellungsvertrag im Prozeß wirksam ist, der Umstand, daß nach der herrschenden Ansicht [55]) der Richter auch an die Feststellungen eines Schiedsgutachters gebunden ist. Wenn es zulässig sei, daß statt des Richters ein Schiedsgutachter eine Tatsache feststelle, so müsse es auch rechtlich möglich sein, daß die Parteien diese Tätigkeit des Schiedsgutachters selbst ausübten.

Allein diese Gegenüberstellung ist nicht beweisend. Der Vergleich mit dem Schiedsgutachter ist ebenso hinkend wie es ein entsprechender Vergleich mit dem Schiedsrichter wäre: Man kann auch nicht folgern: Wenn es zulässig ist, daß statt des Richters ein Schiedsrichter urteilt, so muß es auch zulässig sein, daß statt des Schiedsrichters die Parteien selbst urteilen! Ebenso

---

50) Vergl. Weismann, Lehrb. § 84 S. 331.

51) ZZP. Bd. 54 S. 414; dagg. Seuffert ZZP. Bd. 11 S. 203.

52) Ebenso v. Canstein, Anerkennung, S. 106 unter weiterer Berufung auf § 16 Nr. 1 E.G. ZPO.

53) Laemann, Bürg. Arch. Bd. 31 S. 55; Wach Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 218; Pollack S. 48; Bunsen ZZP. Bd. 35 S. 407; Hegler S. 125 Anm. 1.

54) ZZP. Bd. 54 S. 429.

55) Kohler, Gruch. Bd. 31 S. 304; RG. Bd. 24 S. 359; Bd. 96 S. 59.

wie die Folgerung Prozeßgericht — Schiedsgericht — Parteien versagt die Folgerung: Feststellung des Richters — des Schiedsgutachters — der Parteien. Wenn es zulässig ist, daß statt des Richters ein Gutachter Tatsachen feststellt, so ist damit noch lange nicht erwiesen, daß die Parteien selbst Tatsachen feststellen können. Richter, Schiedsrichter und Gutachter unterscheiden sich von den Parteien eben grundlegend darin, daß sie unbeteiligte dritte Personen sind.

Aus der Ablehnung der verschiedenen Auffassungen hat sich ergeben, daß in der Tat ein Vertrag, der die Beweisführung beeinflussen will, mit der herrschenden Meinung als unzulässig zu betrachten ist.

Daß man Tatsachen, ohne Rücksicht darauf, ob sie bestehen, nicht unbestreitbar feststellen kann, ist schon gezeigt worden (S. 11). Erst recht aber kann man Tatsachen nicht unbestreitbar feststellen, wenn man nur seine Überzeugung von deren wirklichem Bestehen zum Ausdruck bringen will. Denn eine Berufung des Gegners auf ein derartiges Geständnis bedeutet nur eine Berufung auf das wirkliche Vorhandensein der zugestandenen Tatsachen, der Gegner müßte sich also den Beweis des Nichtbestehens gefallen lassen [56]. Man kann aber daraus nicht, wie Wach [57], „unwiderleglich" folgern, daß niemals ein Anerkennungsvertrag nur auf Grund der Überzeugung von dem Bestehen einer Tatsache geschlossen werden kann. Vielmehr ist eine solche Vereinbarung zwar möglich, aber in ihrer Wirkung sehr beschränkt. Denn ein solcher Beweisvertrag, welcher nur die Überzeugung von dem wirklichen Bestehen der Tatsache zum Ausdruck brächte, und dadurch den Gegner sicherstellen wollte, wäre ein einfaches Geständnis und könnte daher schon durch den bloßen Beweis des Nichtbestehens beseitigt werden.

Mit Recht hat sich daher auch das Reichsgericht dieser herrschenden Meinung angeschlossen, in dem es den genannten Beweisvertrag als unzulässige Beschränkung der Beweisführung ablehnt [58]. Wenn auch das Reichsgericht nicht immer klar zwischen Beweislast und Beweisführung unterschieden hat [59], so hat es doch andrerseits hier wie an anderen Stellen [60] durch scharfe Trennung beider Begriffe eine eindeutige Entscheidung gebracht. Es hat damit den Fehler vieler Vertreter der herrschenden Meinung vermieden, die ganz allgemein nach der Zulässigkeit der Beweisverträge fragen und daher auch zu einer m. E. nicht gerechtfertigten gleichmäßigen Ablehnung der Verträge über die Beweisführung wie auch über die Beweislast kommen [61].

2). Zum Teil hat sich aber das Reichsgericht [62] auch einer Auffassung angeschlossen, die dem Beweisvertrage bürgerlich-rechtliche Wir

---

56) Vergl. Bülow, Dispositives Zivilprozeßrecht, S. 65; Geständnisrecht S. 27 Anm. 2.

57) Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 230.

58) RG. Bd. 96 S. 59.

59) Vergl. die Zitate bei Leonhard, Beweislast S. 180 f.

60) Vergl. z. B. RG. Bd. 77 S. 165.

61) Wach Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 220; Bülow, Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 64; Bähr, Anerkennung § 67; Planck, seit der 4ten Auflage 1914 Erl. 5b zu § 368; 1928: Erl. 6 zu § 781; Endemann § 87a Anm. 24; v. Tuhr II 2 S. 249; Wendt Arch. z. Prax. Bd. 63 S. 297.

62) RG. Bd. 36 S. 431; Bd. 102 S. 220.

kung zuspricht. Nach dieser Auffassung, die im Schrifttum von Skoniezki-Gelbcke[63]) und Foerster-Kann[64]) vertreten wird, ist der Beweisvertrag zwar prozeßrechtlich ohne Wirkung, aber als bürgerlich-rechtlicher Vertrag genieße er volle Wirksamkeit, da er als solcher ja nach der Art seines Abschlusses gültig sei. Zwar werde der Beklagte durch den Vertrag nicht gehindert, die Behauptung des Klägers im Rechtsstreit wirksam zu bestreiten. Aber der Kläger könne in einem besonderen Prozeß den daraus entstandenen Schaden einklagen und dem Vertrage auch durch Vereinbarung von Vertragsstrafen erhöhte Wirksamkeit verleihen.

3. Auch diese Ansicht kann nicht gebilligt werden, aus Gründen, die im folgenden zusammenfassend darzulegen sind:

Die Regeln der Beweisführung sind zwingendes Recht; sie können daher durch Parteivereinbarungen nicht abgeändert werden[65]).

Der Zivilprozeß ist öffentliches Recht, Verträge sind daher nur insoweit von Wirkung, als das Gesetz sie gestattet. Die Zivilprozeßordnung ist zudem lückenlos; sie stellt in § 286 den Grundsatz der freien Beweiswürdigung auf, von dem es keine Ausnahmen gibt, es sei denn, daß sie durch das Gesetz selbst, z. B. in den §§ 415 ff. ZPO. (Urkunden) und §§ 463 ff. (Eide) zugelassen sind. Eine Lückenausfüllung kommt demnach nicht in Frage[66]).

Es kann aber schließlich auch nicht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geklagt werden[67]), denn diese Klage würde einen gültigen Vertrag voraussetzen. Der Beweisvertrag kann aber nicht gültig sein, weil er auf objektiv Unmögliches gerichtet ist, nämlich die Bindung des Richters (§ 306 BGB.). Er ist im schwebenden Rechtsstreit nur insoweit von Bedeutung, als er vom Richter als Indiz zu berücksichtigen ist. Mit Recht wird daher von der herrschenden Meinung nicht nur seine Wirksamkeit, sondern auch seine Zulässigkeit verneint[68]).

§ 4. Der Beweislastvertrag.

Damit ist aber noch nichts über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Beweis l a st verträge gesagt. Denn ebenso, wie sich Beweisführung und Beweislast unterscheiden, unterscheiden sich auch die Verträge über die genannten Vertragsgegenstände. Dies wurde schon oben (Seite 5) begründet. Zu einem unrichtigen Ergebnis kommen daher schon alle diejenigen, die einen Unterschied zwischen der Beweislast und Beweisführung leugnen.

Aber auch ohne daß dieser Unterschied ausdrücklich geleugnet wird, finden sich Ansichten im Schrifttum, die ganz allgemein die Beweisverträge ablehnen, gleichgültig, ob diese sich auf die Regelung der Beweislast oder -füh-

---

[63]) Anm. 11 zu § 288 ZPO.

[64]) Anm. 5 zu § 138 ZPO.

[65]) Leonhard, Bes. Schuldrecht, S. 347 bei Anm. 46; Schüller S. 28.

[66]) Stein-Jonas Anm. 1 zu § 286; Oertmann, Grundriß § 23.

[67]) Dagg. Schüller S. 28.

[68]) Kohler, Gesammelte Beiträge S. 154 ff.; Hellwig, System § 151 S. 450; Wach, Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 218 ff.; Bülow, Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 65 ff.; Weismann, Lehrb. S. 156; Rosenberg, Beweislast S. 109; Hoffmann S. 41.

rung beziehen[1]). Auf die Unhaltbarkeit dieser Auffassung hat Leonhard wiederholt hingewiesen[2]).

1.) Es kann vielmehr ein klares Ergebnis nur dann erzielt werden, wenn man zunächst den rechtlichen Charakter der Beweislast- und Beweisführungsregeln untersucht. Daß die Regeln der Beweisführung zwingendes Recht enthalten und daß durch einen Feststellungsvertrag öffentlich-rechtliche Beweisfragen nicht geregelt werden können, wurde bereits oben (§§ 2 und 3) nachgewiesen. Ob aber die Beweislast prozessualen oder materiell-rechtlichen Charakter hat, ist sehr bestritten, da die Beweislast weder in der ZPO. noch im BGB. vollkommen geregelt ist. Beide Gesetze lassen nur erkennen, daß sie den Grundsatz der Beweislast als bestehend voraussetzen[3]).

Viele Schriftsteller halten nun den Beweislastvertrag deshalb für unzulässig, weil die Regeln der Beweislast Prozeßregeln seien[4]). Die Beweislastregeln seien solche, die dem Richter Anweisung gäben, in welcher Weise er ein lückenhaftes Beweismaterial behandeln solle[5]). Die Beweislast sei ein prozeßrechtlicher Grundsatz, da sie nur im Prozeß praktisch werde und nur für ihn bestimmt sei. „Sie stehe und falle mit einer bestimmten Gestaltung des Prozesses und gelte auch für andere als privatrechtliche Tatbestände"[6]). Schon in dieser Argumentation von Jonas liegt eine Umbiegung und damit eine Verkennung des Problems, denn es handelt sich dabei nicht um die Frage, ob die Beweislast ein prozeßrechtlicher oder privatrechtlicher Grundsatz ist, sondern nur darum, ob sie dem Prozeßrecht oder dem materiellen Recht angehört. Besonders bedauerlich ist es daher, wenn man sich, wie Schüller, mit dieser Frage speziell beschäftigt[7]), das Problem auch richtig erkennt und dann mit einer solch völlig verfehlten Begründung zu widerlegen sucht. Nachdem nämlich Schüller zunächst richtig zugrunde legt: „Entscheidend ist, ob die Beweislast prozessualen oder materiell rechtlichen Charakter hat"[8]), kommt er schließlich zu dem Ergebnis, daß der Grundsatz „auch bei Anführung über Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts, gilt, ja auch bei denen, die die prozessualen Voraussetzungen selbst betreffen. Schon aus diesem Grunde ergibt sich, daß der Grundsatz kein privatrechtlicher sein kann"[9]). Damit ist aber garnichts gegen seine materiell-rechtliche Natur gesagt.

Andererseits spricht gerade die Geschichte und die deutlich erkennbare Auffassung des Gesetzes dafür, daß die Beweislast eine Frage des materiellen

---

[1]) Hillmer S. 38; J. W. Planck S. 340; Heim S. 130; Brütt S. 94; Hegler S. 125 Anm. 1.

[2]) Schuldrecht II S. 347; Beweislast I. Aufl. S. 222; II. Aufl. S. 198.

[3]) Vergl. das bei Leonhard Beweislast S. 246 angeführte Schrifttum.

[4]) Wach Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 220; Kohler Gruch. Bd. 31 S. 360; Gesammelte Beitr. S. 160; Reichel DJZ. 1911 S. 1534; Foerster-Kann Anm. 4 b cc. zu § 282 ZPO.; Hellwig Lehrb. § 156, 2 d; Stein-Jonas Erl. IV 3 zu § 282; Sauer, Grundl. S. 201.

[5]) Bülow Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 62 ff.; Betzinger S. 3; Baumbach Anm. 2 zu § 282; Hoffmann S. 41; Reichenheim S. 45 Anm. 4.

[6]) Stein-Jonas Erl. IV 3 zu § 282.

[7]) § 4 S. 15.

[8]) a. a. O. S. 31.

[9]) a. a. O. S. 33.

Rechts ist. Schon die Motive zur ZPO.[10]) gingen von dieser Auffassung aus und deshalb hat die ZPO. die Beweislast nicht geregelt, und damit die Beweislastgrundsätze des Landrechts als privatrechtliche aufrecht erhalten[11]). Daß dann die im ersten Entwurf zum BGB. in den §§ 193—198 vorgenommene Regelung von der zweiten Kommission gestrichen wurde, hat nicht darin ihren Grund, daß diese eine entgegengesetzte Auffassung vertrat, sondern darin, daß sie jede grundsätzliche Stellungnahme ablehnte, um das grundlegende Prinzip der Wissenschaft zu überlassen[12]).

Als weitere Folgen dieser Auffassung, die dem Gesetz zu Grunde liegt, ergeben sich, daß für Rechtsverhältnisse, die materiell nach ausländischem Recht zu beurteilen sind, auch die Beweislastregeln dieses Rechtes gelten[13]) und daß Verletzungen der Beweislastgrundsätze in der Revisionsinstanz nicht der ausdrücklichen Rüge nach § 559 ZPO. bedürfen[14]).

Trotzdem Jonas dies auch anerkennt, hält er doch eine vertragsmäßige Regelung der Beweislast für ausgeschlossen, da sie einen nirgends gestatteten Eingriff in die richterliche Subsumtionstätigkeit enthielte[15]) und (in früheren Auflagen Stein), da sie mit der Ordnung des Prozesses unvereinbar wäre. Ganz abgesehen davon, daß Jonas unberechtigterweise Leonhard[16]) zur Unterstützung dieser Ansicht anführt, durfte diese Begründung am wenigsten von Jonas gebracht werden, der doch ausdrücklich zwischen Beweislastverträgen[17]) und sonstigen Beweisverträgen unterscheidet[18]). Folgerichtig hätte er solche Beweislastverträge allerdings auch ablehnen müssen, weil er die Beweislast als einen prozeßrechtlichen Grundsatz betrachtet.

2.) Diese prozessuale Auffassung, die wohl als die herrschende bezeichnet werden muß, besteht jedoch zu Unrecht[19]). Mit Recht treten demgegenüber zahlreiche Schriftsteller für die materiell-rechtliche Natur der Beweislast ein, vor allen Leonhard, aber auch Beckh[20]) und die Kommentare von Struckmann-Koch[21]), Skonietzki-Gelbcke[22]) und v. Milmowski-Levy[23]), letzterer unter Hinweis auf § 447 ZPO.

Auch das Reichsgericht hat in verschiedenen Entscheidungen anerkannt, daß Vereinbarungen über die Beweislast möglich sind[24]) und zwar mit der Begründung, daß die Grundsätze der Beweislast nicht dem Prozeßrecht angehörten, sondern identisch seien mit den Normen desjenigen materiellen ob-

---

[10]) a. a. O. S. 201.
[11]) Wach I S. 126, 201.
[12]) Leonhard, Beweislast S. 44 ff.; RG. Bd. 74 S. 342.
[13]) RG. Bd. 6 S. 412; Bd. 9 S. 339.
[14]) RG. in Gruch. Bd. 56 S. 898; Recht Bd. 16 Nr. 279; Rosenberg Beweislast S. 108.
[15]) Erl. IV 3 zu § 282.
[16]) Beweislast I. Aufl. S. 222.
[17]) Vergl. dazu Erl. IV 3 zu § 282.
[18]) Vergl. dazu Erl. III 6zu § 286 u. Erl. VII zu § 282.
[19]) Vergl. Leonhard, Beweislast § 80.
[20]) a. a. O. S. 55.
[21]) Zu §§ 358, 359 Anm. 2.
[22]) Anm. 11 zu § 286 ZPO.
[23]) Anm. 1 zu § 255; Anm. 3 zu § 415 ZPO.
[24]) RG. Bd. 11 S. 17.

jektiven Rechtes, welches das streitige Rechtsverhältnis beherrsche [25]). Damit hat auch der höchste Gerichtshof klar zum Ausdruck gebracht, daß es sich **nicht** um die Frage handelt, ob die Beweislast ein privatrechtlicher oder prozeßrechtlicher Grundsatz ist, sondern um diese, ob die Beweislast eine **materielle** oder prozessuale Norm ist [26]).

Es gibt keinen Satz des Prozeßrechts, wie Leonhard [27]) eingehend nachgewiesen hat, der etwas über die Beweislast bestimmte. Auch aus der Tatsache, daß die Beweislast erst im Prozeß vorkommt, folgt nichts für ihren prozessualen Charakter: denn es gibt viele materielle Sätze, die erst im Prozeß wirksam werden. Man denke nur an die privatrechtlichen Wirkungen, die sich an die Rechtshängigkeit oder Verurteilung knüpfen [28]). Auch daraus darf man keinen Schluß auf die prozessuale Natur der Beweislast ziehen, daß sie noch weitere prozessuale Folgen im Zivilprozeß hat, wie z. B. die, daß die beweisbelastete Partei die Tatsachen zu behaupten und unter Beweis zu stellen hat. Denn ein materieller Rechtssatz wird nicht dadurch prozessual, daß das Prozeßrecht **auch** Folgen daran knüpft [29]).

3.) Beachtet man hierbei, daß immer das Recht der Materie gemeint ist, über die zu entscheiden ist, so kann man nicht in solche Irrungen verfallen, wie sie oben (Seite 15) aufgezeigt wurden. Unter materiellem Recht darf also nicht immer das bürgerliche Recht verstanden werden; z. B. ist das Prozeßrecht maßgebend, wenn es sich um die Beweislast bei Prozeßvoraussetzungen handelt. In solchen Fällen ist daher eine vertragliche Regelung unzulässig.

Aber überall da, wo die Beweislast in Fragen des bürgerlichen Rechts darüber Auskunft geben soll, welcher Partei die Unaufgeklärtheit einer rechtlich erheblichen Tatsache zum Nachteil gereicht, ist eine vertragliche Regelung möglich; hier können die Parteien vereinbaren, wem von ihnen die Nichterweislichkeit schaden soll [30]). Ein solcher Beweislastvertrag kann ausdrücklich geschlossen werden, ist aber auch in vielen Fällen als vorliegend anzunehmen, z. B. bei Verteilung der Beweislast im Falle der Rückforderung des Schuldners, der eine Nichtschuld unter Vorbehalt, also nur mit bedingter Tilgungsbestimmung, gezahlt hat [31]). Hier müßte der Schuldner als Kläger beweisen, daß der Beklagte auf seine Kosten etwas **ohne** rechtlichen **Grund** erlangt hat [32]). Es müßte also, da in der Zahlung lediglich eine Tilgungsbestimmung enthalten ist [33]), welche auf die Beweislast ohne Einfluß ist, auch hier dem Kläger der Beweis der Nichtschuld auferlegt werden [34]). Indessen ist hier durch die Annahme der Zahlung mit dem Vorbehalt ein Beweislastvertrag

---

25) RG. Bd. 6 S. 413.
26) Vergl. RG. Bd. 6 S. 413; Bd. 9 S. 339.
27) Vergl. Leonhard, Beweislast § 80.
28) Rosenberg, Beweislast S. 100 f.
29) Leonhard, Beweislast S. 174.
30) Sachse ZZP. Bd. 54 S. 423; dagg. Brütt, Die abstrakte Forderung, S. 94.
31) Beisp. aus Leonhard, Die Beweislast, zu § 812.
32) RG. in JW. 1905 S. 391; 1911 S. 941; 1913 S. 30.
33) Leonhard, Bürg. Arch. Bd. 21 S. 205 ff.
34) Vergl. auch Leonhard Iher. J. Bd. 41 S. 61 und Krit.Vierth.J. Schr. Bd. 52 S. 280.

geschlossen worden, der dem Empfänger, nämlich dem beklagten Gläubiger, die Beweislast auferlegt [35]). Denn eine solche Abmachung ist dahin zu deuten, daß der unter Vorbehalt, z. B. gegen Nachnahme [36]) zahlende Schuldner von dem Beweise der Nichtschuld befreit sein soll, sodaß die Unaufklärbarkeit nur dem Gläubiger schaden kann [37]).

Daß es nach allgemeiner Ansicht [38]) zulässig ist, daß die Parteien ein Recht durch eine materielle Abrede an den Beweis bestimmter Tatsachen knüpfen, und auf diese Weise in der Einkleidung der Beweislast die materiellen Voraussetzungen des vertragsmäßigen Rechtes feststellen, kann hier nicht besonders interessieren, da es sich dann eben weder um einen Beweisvertrag noch um einen Beweislastvertrag handelt, sondern um einen gewöhnlichen bürgerlich-rechtlichen Vertrag [39]).

§ 5. Der Beweismittelvertrag.

Dagegen ist hier der Vollständigkeit halber noch eine dritte Gruppe von Verträgen zu behandeln, die häufig auch kurz als „Beweisverträge" bezeichnet werden [1]), in denen aber eine Beschränkung auf bestimmte Beweismittel vereinbart wird. Wir bezeichnen diese Verträge, in denen die Parteien auch häufig bestimmten Beweismitteln bestimmte Beweiskraft beilegen wollen, zur schärferen Trennung gegenüber den schon dargestellten Beweis- und Beweislast-Verträgen **Beweismittelverträge**.

Solche Verträge finden sich besonders in Versicherungsverträgen, nach deren Bestimmungen der Versicherer den Schaden nach Art und Höhe nicht bestreiten darf, wenn der Versicherte in bestimmter Weise dafür Beweise erbracht hat, oder der Versicherte bei dem Beweis des Schadens auf bestimmte Beweismittel beschränkt ist [2]). Diese Art von Verträgen wird schon in den Motiven zur Zivilprozeßordnung [3]) erwähnt, dort aber für ungültig erklärt, da die Vorschriften des Entwurfs über die freie Würdigung der Tatsachen Vorschriften des öffentlichen Rechts seien, deren Anwendung durch Verträge der Parteien daher nicht ausgeschlossen werden könnten. Obwohl man auch damals schon geteilter Ansicht über derartige Verträge war [4]), ist eine gesetzliche Regelung nicht erfolgt. Die Beantwortung der Frage, ob derartige Verträge wirksam sind, ist deshalb der Wissenschaft überlassen worden, die sich entsprechend ihrer Stellungnahme zur Rechtsnatur dieser Verträge entschieden hat.

---

[35]) RG. Bd. 36 S. 187.

[36]) OLG. Bd. 6 S. 355.

[37]) Leonhard, Beweislast II. Aufl. S. 378.

[38]) Leonhard, Beweislast S. 198; Kohler, Gruch. Bd. 31 S. 304 Ges. Beitr. S. 160; Wach, Handbuch I S. 125; Schüller S. 16 Kleinfeller S. 317; Stein-Jonas Erl. VII zu § 282; Struckmann-Koch Anm. 5 zu § 286; Foerster-Kann Anm. 4b zu § 282; Rosenberg, Beweislast S. 108 ff.; RG. Bd. 1 S. 303 Bd. 23 S. 139; Bd. 96 S. 57.

[39]) Kohler, Gruch. Bd. 31 S. 307.

[1]) RG. Bd. 96 S. 59; Bülow Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 62 ff.

[2]) Vergl. Bülow: Außergerichtliche Parteiverträge über den zukünftigen prozessualen Beweis, Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 62 ff. IV 2.

[3]) Hahn S. 210, 278.

[4]) Vergl. Schüller, S. 13.

1.) Die Vertreter der prozeßrechtlichen Auffassung bestreiten, daß eine lediglich auf die Beweismittelfrage abgestellte Klausel irgend eine rechtliche Wirkung haben kann. Sie sehen in solchen Verträgen rein prozeßrechtliche Vereinbarungen, die gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung verstießen. Verleihe man solchen Vereinbarungen Wirksamkeit, so sei man auf dem besten Wege, den Konventionalprozeß wieder zur Geltung kommen zu lassen. Das sei aber nach heutigem Recht schlechthin unmöglich. Es ginge nicht an, daß die Parteien dem Richter vertraglich eine andere als die gesetzliche Grundlage für die Beweiswürdigung vorlegten. Diese Auffassung wird vor allem von Bülow[5], Hellwig[6], Kohler[7], Wach[8] und Weismann[9] geteilt. Ebenso vertreten die meisten Kommentatoren diesen Standpunkt, den man daher als den herrschenden bezeichnen kann[10].

2.) Diese herrschende Meinung wird am schärfsten von Sachse bekämpft[11]. Sachse behandelt die genannten Verträge, in denen vereinbart wird, daß die tatsächlichen Voraussetzungen eines Anspruchs nur in bestimmter Weise bewiesen werden können, zwar auch als prozessuale Verträge, mißt ihnen aber unmittelbare Wirkung im Prozeß bei. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung müsse zwar anerkannt werden, könne aber keineswegs lückenlos den Zivilprozeß beherrschen. Es müsse das berechtigte Interesse der Parteien anerkannt werden, das sie dazu führe, in gegenseitigem Einvernehmen die grundlegenden Tatsachen festzustellen. Zwar werde dadurch das freie Ermessen des Richters ausgeschaltet, aber dies könne auch fehlgehen und die Übereinstimmung der Parteien biete eine größere Garantie. Sachse erkennt also den Grundsatz der freien Beweiswürdigung an, will aber in einzelnen Fällen — so in diesem — Ausnahmen davon zulassen.

3.) Gegenüber diesen beiden entgegengesetzten Auffassungen vertritt Schüller[12] eine Mittelmeinung, wonach die Beweismittelverträge privatrechtlich zwar zulässig sind, aber prozessual wirkungslos. Die Parteien seien befugt, das Tatsachenmaterial dem Richter nach ihrem Belieben zu unterbreiten, sie könnten daher auch den Beweisantritt vor einem kommenden Prozeß regeln. Derartige Verträge hätten aber nur zivilrechtlichen Charakter, sie seien nur für die Parteien verbindlich, nicht dagegen werde der Richter durch sie in der freien Beweiswürdigung behindert. Sie seien also nur mittelbar im Prozesse wirksam, nämlich nur im Falle der Vertragstreue. Im Falle des Vertragsbruches habe die vertragstreue Partei und bürgerlich-rechtliche Schadensersatzansprüche. Sei z. B. als Beweismittel eine bestimmte

---

[5]) Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 64 Anm. 39.

[6]) System § 151 S. 454.

[7]) Ges. Beitr. S. 155 ff.

[8]) Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 425.

[9]) Lehrb. S. 156.

[10]) Baumbach Anm. 1 zu § 286; Neukamp Anm. 2 zu § 286; Petersen-Anger Anm. 8 zu § 286; Seuffert Anm. 1 zu 286; Skonietzki-Gelbke Bem. 2 vor § 355; Struckmann-Koch Anm. 5 zu § 286; Sydow-Busch Anm. 5 zu 286; Wilmowski-Levy, Anm. 2 zu § 259 a. F.

[11]) ZZP. Bd. 54 S. 425 ff.

[12]) S. 28 ff.

Quittung unter Ausschluß von Zeugen vereinbart, so werde dem Richter dadurch verboten, etwa benannte Zeugen zu vernehmen. Er sei hierdurch in der Benutzung eines gesetzlich zulässigen Beweismittels beschränkt. „Dieser Verstoß gegen den unabänderlich die gesamte Zivilprozeßordnung beherrschenden Grundsatz der freien Beweiswürdigung nimmt derartigen Verträgen jegliche prozessuale Wirkung“ [13]).

In diesem Falle dürfte aber die richtige Ansicht nicht in der Mitte liegen, wie Schüller meint [14]). Vielmehr ist ihm folgendes zu entgegnen:

4.) Der Beweismittelvertrag gehört zu den sogen. Prozeßrechtsgeschäften, d. h. Verträgen (oder auch einseitigen Rechtsgeschäften), die sich teils auf zivilrechtlichem, teils auf prozeßrechtlichem Gebiete bewegen. Zu ihrer Beurteilung müssen beide Rechtsgebiete ergänzend herangezogen werden. In welcher Weise die beiden Gebiete aufeinander wirken, ist vielfach und lebhaft bestritten; einer Aufrollung dieser recht umfangreichen Streitfragen bedarf es hier aber nicht, da sich m. E. die Wirksamkeit des Beweismittelvertrages auch aus anerkannten Grundsätzen nachweisen läßt.

Wie die Geltendmachung des Anspruchs so ist auch die Aufklärung des Sachverhalts in die Hand der Parteien oder ihrer Anwälte gegeben. Der Zivilprozeß wird gekennzeichnet durch den Parteibetrieb, der nur in gewisser Beziehung eingeschränkt ist, z. B. in Bezug auf die Parteiherrschaft über die Termine, die ja seit der Novelle von 1924 gänzlich beseitigt ist. Aber die Befugnis, das Tatsachenmaterial, also auch die Beweismittel und deren Reihenfolge, zu bestimmen und dem Richter zu unterbreiten, steht noch immer den Parteien allein zu [15]). Über diese Befugnis können die Parteien innerhalb wie außerhalb des Prozesses frei verfügen, denn der Zivilprozeß steht unter der Herrschaft des Dispositionsprinzips. Haben die Parteien also einzelne Beweismittel ausgeschlossen, so kann der Richter nur die Beweise erheben, auf die sich die Parteien zulässiger Weise berufen haben. Steht der Abschluß eines Beweismittelvertrages fest, so ist auch der Richter an ihn gebunden, genau so wie er an jeden anderen gültigen Vertrag gebunden ist. Er stellt damit aber nicht so sehr seine eigne Bindung fest, sondern in erster Linie diejenige der Parteien, die er zu beachten hat.

Zudem beschränkt sich der Zivilprozeß darauf, die „formelle“ Wahrheit zu ermitteln; er gibt sich, indem ihm das für wahr gilt, worüber zwischen den Parteien Einverständnis herrscht, mit einer künstlichen Wahrheit zufrieden. Der Richter hat die Rechtslage so festzustellen, wie sie sich ihm infolge der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisse darstellt. Wenn man daher mit Stein-Jonas [16]) und dem Reichsgericht [17]) solchen Verträgen, die eine Beweismittelbeschränkung zum Gegenstande haben, Gültigkeit zuspricht, so geht es nicht an, deren Wirkung von der Erfüllung abhängig zu machen und im Falle des Vertragsbruches der vertragstreuen Partei nur Schadensersatzansprüche zuzubilligen, wie Schüller [18]) empfiehlt. Vielmehr besteht die Hauptwirkung, wie bei allen Verträgen, so auch hier

---

[13]) Schüller S. 29 § 9.

[14]) S. 26 § 7.

[15]) Hillmer S. 38; Wach Arch. z. Prax. Bd. 64 S. 219.

[16]) § 282 VII.

[17]) RG. Bd. 96 S. 59.

[18]) S. 29.

darin, daß die Parteien an ihn gebunden sind. Ein Schaden durch Nichterfüllung kann im Normalfall garnicht entstehen, da der Richter die Bindung der Parteien an den Vertrag zu beachten und dementsprechend zu verfahren hat. Das Gegenteil befürworten, hieße den Vertragsbruch unterstützen. Die Beweismittelverträge haben daher in jedem Falle, in dem sie vor Gericht zur Sprache kommen, prozessuale Wirkungen.

Dem steht auch nicht der immer wieder dagegen ins Feld geführte Grundsatz der freien Beweiswürdigung entgegen. Dieser steht vielmehr im Gegensatz zu der formellen oder gesetzlichen Beweistheorie und kann nur aus diesem Gegensatz heraus verständig gewürdigt werden. Nach der formellen Beweistheorie hatte der Richter nur nach den gesetzlichen Vorschriften zu handeln, die ihm vorschrieben, unter welchen Voraussetzungen er den Beweis als geführt oder nicht geführt ansehen durfte. Diese Regelung findet sich auch heute noch in der Zivilprozeßordnung, nämlich beim Beweis durch Eideszuschiebung (§§ 463, 464 ZPO.). Hier ist der Richter gezwungen, eine Tatsache, wenn die schwurpflichtige Partei den Eid darüber leistet, ungeprüft für wahr, wenn sie ihn verweigert, ungeprüft für unwahr zu halten. In diesem Verbot der Prüfung liegt der Kern der formellen Beweistheorie.

Demgegenüber steht der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlungen geschöpften Überzeugung. (§ 286 ZPO.) Also über das Ergebnis der Beweisaufnahme kann der Richter sich sein Urteil bilden. Er kann z. B. auch dem unbeeidigten Zeugen Glauben schenken, auch dem beeidigten Zeugen den Glauben versagen, je nach seinem Eindruck von ihrer persönlichen Glaubwürdigkeit. Nicht aber kann er von sich aus Zeugen oder andere Beweismittel zur Beweisaufnahme heranziehen, denn der Zivilprozeß wird nicht vom Staat im Staatsinteresse, sondern von Privatpersonen im Privatinteresse geführt. Ist daher in einem Beweismittelvertrag vereinbart, daß bestimmte Beweismittel ausgeschlossen sein sollen, z. B. Quittung unter Ausschluß von Zeugen, so bleibt auch hier der Grundsatz der freien Beweiswürdigung insofern gewahrt, als der Richter die Quittung als beweisend erachten kann oder nicht; dagegen findet die Herrschaft der Parteien darin ihren Ausdruck, daß der Richter vertragswidrig benannte Zeugen nicht vernehmen darf, sobald der Abschluß eines gültigen Beweismittelvertrages erwiesen ist.

Außerdem ist aber gegen die Ansicht, wonach dem Beweismittelvertrag nur materiell-rechtliche Bedeutung beizumessen ist[19]), folgendes anzuführen:

Nach dieser Auffassung soll die Wirkung des Vertrages lediglich darin bestehen, daß die vertragstreue Partei gegen die vertragswidrig handelnde zivilrechtliche Schadensersatzansprüche in einem neuen Prozeß geltend machen kann. Abgesehen davon, daß diese Beschränkung garnicht im Sinne des Vertrages liegt, erscheint es doch sehr merkwürdig, dem Vertragspartner einen solchen Umweg zuzumuten. Schüller scheint dabei übersehen zu haben, daß der Schadensersatzanspruch in erster Linie auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes gerichtet ist, (§ 249 BGB.) und nicht auf Geldersatz. Warum soll die vertragstreue Partei erst in einem zweiten Prozeß die Wiederherstellung des Zustandes verlangen können, wie er bestehen würde,

---

[19]) Schüller S. 29.

wenn auch die Gegenseite den Vertrag erfüllt hätte? Es ist daher auch aus rechtspolitischen Gründen m. E. die Auffassung vorzuziehen, die die Parteien an die Heiligkeit der Verträge ermahnt.

Es hat sich aus dieser Untersuchung also ergeben, daß auch die Beweismittelverträge materiell-rechtliche und prozessuale Wirkungen haben Damit wird die Entscheidung der Streitfrage auch der erheblichen praktischen Bedeutung gerecht, die solche Verträge im täglichen Leben besitzen. Man denke nur an die Bestimmungen in Versicherungsverträgen, nach denen dem Versicherten nur dann der Schaden ersetzt wird, wenn er ihn in bestimmter Weise nachweist. Wenn Kohler[20]) die Häufigkeit solcher Klauseln für eine Gefahr hält und auch Schüller[21]) meint, ihre Sanktionierung würde „schließlich allgemein dazu führen, daß Gewerbetreibende ihre wirtschaftliche Machtstellung ausnutzten, um den wirtschaftlich Schwächeren durch bedrückende Verträge die Beweisführung zu erschweren", so ist dem entgegen zu halten, daß es einerseits im täglichen Leben beim Abschluß aller Verträge wirtschaftlich Starke und Schwache geben kann, und daß andererseits die Rechtsordnung den unstatthaft „bedrückenden Verträgen", den sog. Knebelverträgen, die Wirksamkeit versagt (vergl. §§ 134, 138 BGB.). Es ist dies also kein Grund, der speziell gegen die Zulässigkeit der Beweismittelverträge spricht.

B. Der Schiedsvertrag.

§ 6. Der Schiedsgutachtenvertrag.

Auch der letzte der hier zu behandelnden Verträge, die eine Feststellung von Tatsachen bezwecken, hat erhebliche praktische Bedeutung, wie dies in vielen Versicherungsvertags-Bedingungen zum Ausdruck kommt. Trotzdem ist es auch hier zu einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung nicht gekommen, vielmehr ist die Entscheidung der Wissenschaft überlassen worden. Daher ist auch die Wirksamkeit des Schiedsgutachtenvertrages lebhaft bestritten[1]). Zur Entscheidung dieser Streitfrage ist es zunächst erforderlich, den Unterschied zwischen Schiedsrichter und Schiedsgutachter (arbitrator) klarzulegen, denn ebenso wie diese unterscheiden sich auch die auf ihre Bestellung abzielenden Verträge.

Der Schiedsrichter hat über einen Anspruch oder ein Rechtsverhältnis zu entscheiden, er schließt also, da er die Tätigkeit des Richters ersetzen soll, meist durch seine Entscheidung die Anrufung des ordentlichen Richters aus. Dagegen soll der Gutachter oder Schiedsmann, wie er auch genannt wird[2]),

---

[20]) Gesammelte Beiträge S. 155.

[21]) A. a. O. S. 30.

[1]) Kohler, Gruch. Bd. 31 S. 315; Sachse ZZP. Bd. 54 S. 411; Wangner, Der Schiedsgutachter; Lüdtke S. 3; Kisch Arch. z. Prax. 137 (1933!) S. 372: Beitr. zum Schiedsverfahren; Schüller S. 13, 15, 30. Dissertationen von: Meckenstock (Köln 1933), Buchdahl (Erlangen 1932), Ekkert (Göttingen 1928), Jürgens (Göttingen 1929), Hollunder und Rothermel (Gießen 1932).

[2]) Kohler, Gruch. Bd. 31 Anm. 55.

lediglich über eine Tatsache oder über ein Element eines Rechtsverhältnisses entscheiden. Schiedsgutachter stellen also nur die Elemente für die Entscheidung eines Rechtsstreites tatsächlich fest, sie entscheiden nicht über Ansprüche, vielmehr bleibt deren Geltendmachung im Prozeß den Parteien ausdrücklich vorbehalten [3]). Sie können daher auch dann fungieren, wenn ein Rechtsstreit besteht; in diesem Falle stellen sie die für den Prozeß wesentlichen Tatsachen fest.

Es herrscht nun allgemein Übereinstimmung darüber, daß die Parteien an den Schiedsgutachtenvertrag und der Richter an das Gutachten gebunden sind [4]). Nur darüber besteht Streit, worauf sich diese Bindung gründet, ob auf materielles oder prozessuales Recht.

1.) Besonders Sachse [5]) vertritt die Ansicht, daß der Schiedsgutachtenvertrag nur dem Prozeßrecht angehört. Dieser Vertrag betreffe nicht das materielle Recht, sondern lediglich die Frage des Beweises für die feststehenden Voraussetzungen des Rechtes. Ähnlich wie beim Schiedsrichtervertrage werde eine sonst dem Richter obliegende Prozeßtätigkeit, wenn auch nur bezüglich einer Tatfrage, auf eine Privatperson übertragen. Anstelle der Feststellung des Richters, der an und für sich eine Tatfrage nach den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung zu entscheiden habe, trete die ihn bindende Feststellung durch Privatpersonen. Der Schiedsgutachtenvertrag werde also im Prozeß durch Änderung der prozessualen Rechtslage wirksam, wenn es auch nicht nötig sei, daß es zum Prozeß komme. Seine prozeßrechtliche Natur äußere sich darin, daß er eine prozessuale Einrede begründe, wenn die Klage vor Erteilung des Schiedsgutachtens erhoben werde.

Wenn nun auch die Anerkennung eines prozessual wirksamen Schiedsgutachtenvertrages durchaus dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime entsprechen würde, so kann doch eine derartige Wirksamkeit, wie sie Sachse befürwortet, aus schwerwiegenden Gründen nicht anerkannt werden.

Zunächst ergibt sich aus der Geschichte, daß die ZPO. den Schiedsgutachtenvertrag nicht mit prozessualen Wirkungen ausstatten wollte, sonst wäre er im Anschluß an den Schiedsrichtervertrag (§ 1025 ff. ZPO.) geregelt worden (vergl. § 91 u. § 106 Arb.G.G.). Denn schon die preußische allgemeine Gerichtsordnung von 1793 hatte es dem Richter wiederholt zur Pflicht gemacht, eine Einigung der Parteien über einzelne streitige Tatsachen herbeizuführen. Teil I Tit. 13 § 10 Nr. 5 sah die Zulässigkeit einer Vereinbarung vor, daß die Aussage eines gewissen Zeugen den Ausschlag geben solle. Dadurch war der Schiedsgutachtenvertrag mit prozessualen Wirkungen anerkannt [6]).

Auch ein modernes Gesetz knüpft an einen Schiedsgutachtenvertrag unmittelbare prozessuale Wirkungen, nämlich das Arb.GG. vom 23. 12. 1926. Nachdem im Absatz 1 des § 106 die Zulässigkeit des Schiedsgutachtenvertrages ausgesprochen ist, bestimmt der Absatz 2 über die Wirkung wörtlich folgendes: „Die Vereinbarung hat die Wirkung, daß die durch Schieds

---

[3]) RG. Bd. 20 S. 399; Bd. 24 S. 411; Bd. 96 S. 59.

[4]) Stein-Jonas Bem. II 3 vor § 1025; RG. in JW. Bd. 91 S. 415; RG. Bd. 45 S. 350—353.

[5]) ZZP. Bd. 54 S. 428.

[6]) RG. Bd. 2 S. 314.

gutachten zu entscheidenden Tatfragen der Sachprüfung und Beweiserhebung im arbeitsgerichtlichen Verfahren *entzogen* sind und daß die Arbeitsgerichtsbehörde an das Schiedsgutachten gebunden ist." Daß es sich hier um einen prozessualen Vertrag handelt, ergibt sich aus seiner ausdrücklichen Regelung in diesem Prozeßgesetz, welches sich um privatrechtliche Verträge nicht kümmert.

Die Stellungnahme dieser beiden Gesetze spricht dafür, daß zur Erreichung einer prozessualen Wirkung eine ausdrückliche gesetzliche Regelung notwendig war. Das Schweigen der ZPO. läßt daher den Schluß zu, daß dem Schiedsgutachtenvertrage keine prozessuale Wirkung zukommt.

Gegen eine solche Wirksamkeit spricht ferner, daß ein derartiger Vertrag gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung verstoßen würde. Der Verstoß ist darin zu erblicken, daß eine bestimmte Tatsache kraft Parteiwillkür als bewiesen gelten soll: die freie Beweiswürdigung des Richters solle dadurch ausgeschaltet werden. Zu einer solchen Wirkung hätte es aber gemäß § 286 Abs. 2 ZPO. einer besonderen Regelung in der ZPO. bedurft.

2.) Die Parteien sind daher zur Herbeiführung des entsprechenden Erfolges auf einen Umweg angewiesen: Sie müssen einen materiellen Feststellungsvertrag schließen [7]. Sie vereinbaren z. B., daß eine Schuld in der Höhe bestehen soll, wie sie ein Schiedsgutachter feststellt. Oder sie bestimmen in einem Versicherungsvertrage, daß die Frage, ob Invalidität vorliegt, durch eine Kommission entschieden werden soll, deren Entscheidung für beide Teile bindend ist [8]. Oder daß eine Leistung zu machen ist, wenn der Gutachter eine Tatsache für richtig hält (vergl. §§ 317 ff. BGB.).

In allen diesen Fällen handelt es sich um zivilrechtliche Vereinbarungen, die in ihrer Gültigkeit allein nach bürgerlichem Recht zu beurteilen sind. Wird gleich von Anfang an ein derartiger materiell rechtlicher Schiedsgutachtenvertrag geschlossen, so ist er dahin auszulegen, daß die Verpflichtung von einer bestimmten Form der Feststellung abhängig sein soll. Letztere bildet also die zivilrechtliche Voraussetzung des Anspruchs selbst [9].

Ändern dagegen die Parteien erst später ihre materiell rechtlichen Rechtsbeziehungen, um einen Streit zu beseitigen, so stellt sich der Schiedsgutachtenvertrag als ein Vergleich mit bedingtem Inhalt dar. Die Parteien wollten das seitherige, subjektiv ungewisse Verhältnis durch ein objektiv bedingtes Verhältnis ersetzen. Das neue materielle Verhältnis ist bedingt durch die Feststellung des Schiedsgutachters. Ein solcher Vertrag ist aber nicht prozeßrechtlich, denn er hindert die Parteien nicht daran, das Gericht anzurufen. Aber wenn die Sache dem Richter zur Entscheidung vorgelegt wird, so hat er eben das geänderte *materielle* Verhältnis seiner Entscheidung zu Grunde zu legen: er ist ebenso daran gebunden, wie er an ein durch einen Vergleich geschaffenes Rechtsverhältnis gebunden sein würde.

Mit Recht hat sich daher das Reichsgericht und die herrschende Meinung dieser Ansicht angeschlossen, die als allein zutreffend zu bezeichnen ist [10].

7) Stein-Jonas § 282 Bem. VII; RG. Bd. 24 S. 359; Kohler, Gruch. Bd. 31 S. 305.

8) RG. Bd. 45 S. 353.

9) Stein-Jonas § 286 Bem. III 6; RG. Bd. 20 S. 402.

10) RG. Bd. 96 S. 59; Kohler-Gruch. Bd. 31 S. 305; Schüller S. 13, 15, 31.

III. Abschnitt.

Feststellung von Rechtsverhältnissen.

A. Feststellungsgeschäfte.

§ 7. Echte und unechte Feststellungsgeschäfte.

Sehr häufig haben die Parteien das Bedürfnis, die zwischen ihnen bestehenden Rechtsbeziehungen klarzustellen. Aus den verschiedensten Gründen, z. B. durch Todesfälle, Ungenauigkeiten oder Schreibfehler, können die Parteien im Ungewissen sein über den Bestand ihrer Rechte. Sie zweifeln z. B., ob eine Forderung verjährt, oder rechtsgültig entstanden ist. In allen diesen Fällen des Zweifels wollen die Parteien ihr Recht feststellen im ureigensten Sinne des Wortes, d. h. sie wollen es gegen Umwerfen von irgend einer Seite her sichern. Sie wollen es von jeglicher Ungewißheit befreien und damit jedem Zweifel entrücken, um den Streit zu beenden.

Nicht immer benutzen sie zu diesem Zwecke Vertragstypen, die eine Feststellung auf alle Fälle gewährleisten. Im Gegenteil geben sie sich in vielen Fällen schon mit einer teilweisen Sicherung zufrieden. Crome[1]) bezeichnet solche Verträge daher mit einem gewissen Recht als „Sicherungsverträge", muß aber im Laufe seiner Untersuchung die Feststellung machen, daß derartige Verträge in ihrem Bestande höchst unsicher sind. Der Name war eben hier ebenso verfehlt, wie bei der Sicherungshypothek, die ebenfalls nicht gesichert ist (vergl. §§ 1184, 1185 BGB.).

Man hat daher, um den Zweck des Vertrages prägnanter zum Ausdruck zu bringen, in Wissenschaft und Praxis derartigen Verträgen den Namen „Feststellungsverträge" gegeben[2]). Dabei wurde aber gänzlich die Frage übersehen, ob man damit einen neuen Begriff aufstellen wollte. Mit Recht weist Leonhard darauf hin[3]), daß man zunächst einmal eine gemeinsame Regel für derartige Rechtsgeschäfte hätte aufstellen müssen, um zu einem besonderen Begriff zu gelangen. Statt dessen wurden im Schrifttum die verschiedensten Vertragstypen als „Feststellungsverträge" bezeichnet, indem man sich dabei damit begnügte, den gemeinsamen Zweck der Beseitigung von Ungewißheit hervorzuheben.

Es konnte daher nicht ausbleiben, daß die verschiedensten Vertragszusammenstellungen unter der Flagge „Feststellungsverträge" fuhren. So faßt

[1]) II § 305 S. 913.

[2]) JW. 1920, S. 487; RG. im Recht 1910 Nr. 3490; Rümelin Arch. z. Prax. Bd. 97 S. 269; Enneccerus-Lehmann, 1930: § 198 Anm. 14; 1932: § 198 II 4; Oertmann Bem. 2 zu § 781; Pagenstecher S. 94; Zeiler Arch. z. Prax. Bd. 103 S. 404 ff.; Planck II S. 1513.

[3]) Schuldrecht II S. 344

z. B. Zitelmann[4]) unter diesem Begriff sowohl die Anerkennung (§§ 397 Abs. 2, 781, 782 BGB.) und den Vergleich (§ 779 BGB.) als auch den Schiedsvertrag (§ 1025 ZPO.) und den Schiedseidvertrag zusammen. Diese Zusammenfassung von ganz verschieden gearteten Fällen unter einer gemeinsamen Rubrik, nämlich von solchen, die die Feststellung von Tatsachen, und solchen, die die Feststellung von Rechtsverhältnissen bezwecken, wirkt hier bei Zitelmann besonders störend[5]).

Wieder andere[6]) behandeln die „Feststellungsgeschäfte" unter Außerachtlassung einer wichtigen Unterscheidung, nämlich der, ob durch den Vertrag eine selbstständige Verpflichtung begründet werden sollte, oder nur eine von einer causa abhängige. Hierauf hat besonders Leonhard[7]) hingewiesen. Die Klarstellung der verschiedenen Arten von Feststellungsgeschäften macht daher große Schwierigkeiten, weil gerade hier die Verquickung mit dem abstrakten Schuldvertrag der genaueren Analysierung Hindernisse bereitet[8]). Leonhard[9]), der unter dem Titel „Feststellungsverträge" nur einseitige Feststellungsverträge behandelt, verwirft für diese einen besonderen Begriff, da sich für sie eine gemeinsame Regel nicht aufstellen lasse. Es wird sich im Verlaufe der Ausführung zeigen, daß in der Tat für die meisten Vertragstypen der Name Feststellungsvertrag nur insoweit zutreffend ist, als der Vertrag eine vorläufige Feststellung erreicht. Als Feststellungsvertrag dürfte man eigentlich nur den bezeichnen, der das Rechtsverhältnis endgültig gegen Umwerfen sichert[10]); schon allein deshalb, um eine scharfe Grenze gegenüber den Verträgen ziehen zu können, die das Rechtsverhältnis nur vorläufig sicherstellen. Außer dem Vergleich gehört daher hierher nur der ähnliche Vertrag, der ohne beiderseitiges Nachgeben zum gleichen Ziele führt. Wir nennen ihn Erledigungsvertrag, um zum Ausdruck zu bringen, daß er eine endgültige Feststellung bezweckt (= Erledigung).

Schließlich ist aber noch eine sehr wesentliche Unterscheidung meist versäumt worden, nämlich die, ob den genannten Verträgen konstitutive oder deklaratorische Wirkung zukommt[11]). Und selbst hier wird, sogar vom höchsten deutschen Gerichtshof unter konstitutiver Wirkung bald die Schaffung eines neuen Schuldgrundes durch abstraktes Anerkenntnis[12]) bald die Neuschaffung eines Anspruchs durch Anerkenntnis nach Art des Vergleiches verstanden[13]). Mit Recht weisen daher die Schriftsteller, die sich etwas eingehender mit Feststellungsverträgen beschäftigt haben, darauf hin, daß „ver-

---

[4]) Seite 143 ff.

[5]) So auch Rümelin Arch. z. Prax. Bd. 97 S. 291.

[6]) Hegler S. 86; Planck § 368 Anm. 5; b; Kosack Lehrb. § 161; Lehmann Prozeßvergleich S. 79; Korsch Krit.Viertel.J.Schr. Bd. 52 S. 264.

[7]) Lehrb. II S. 345 f.

[8]) Vergl. Rümelin, Festgabe S. 80; Neubecker Bürg. Arch. Bd. 22 S. 72.

[9]) Schuldrecht II S. 344 ff.

[10]) Leonhard ZZP. Bd. 15 S. 357.

[11]) Planck Erl. 2 c zu § 781; RG. v. 9. 10. 1906 = Recht 1907 S. 128 Nr. 174 = Neumann, Rechtspr. Bd. I S. 1086.

[12]) RG. in JW. 1906 S. 742; 1916 S. 960 Nr. 5.

[13]) RG. im Recht 1910 Nr. 3490 = JW. 1910 S. 1002 Nr. 9; RG. im Recht 1915 Nr. 2267.

hältnismäßig wenig Vorarbeit geleistet ist" [14]), und daß „die Materie mit zu den schwierigsten des Zivilrechts gehört" [15]). Es handelt sich also um einen Begriff von recht zweifelhafter Tragweite.

Es läßt sich aber nur dann Klarheit schaffen, wenn man zunächst die Grundbegriffe unumstößlich festlegt. Hier ist zunächst zu klären, was unter Feststellung und Feststellungsvertrag zu verstehen ist. Beide stehen in Wechselbeziehungen zueinander: Der Feststellungsvertrg kommt durch den übereinstimmend erklärten Willen der Parteien auf Feststellung zustande, das heißt durch die bewußte Anerkennung eines Anspruchs angesichts einer Sachlage, welche die endgültige Feststellung zum unmittelbaren Zweck hat. Feststellen heißt also, Rechtsbeziehungen endgültig ordnen: Die Parteien verpflichten sich, auf die von ihnen anerkannten Rechtsverhältnisse niemals mehr zurückzukommen. Die Ungewißheit über das Rechtsverhältnis soll durch die Feststellung beseitigt werden, und zwar endgültig.

Zu diesem Zwecke sind die Parteien bereit, die möglicherweise doch noch nicht bestehenden Rechtsverhältnisse zu begründen. In erster Linie aber ist ihre Absicht auf Feststellung gerichtet. Stellt sich daher später heraus, daß das festgestellte Rechtsverhältnis nicht bestand, so ist es damals geschaffen, zeigt es sich aber, daß es bestand, so ist seinem Bestande nichts hinzugefügt worden. Gerade im letzteren zeigt sich das Wesen der Feststellung und der Unterschied gegenüber der Rechtsbegründung schlechthin, also auch gegenüber der selbständigen Rechtsbegründung durch abstrakten Vertrag.

Diese Erkenntnis ist erforderlich, um der Behauptung entgegenzutreten, es gäbe nur „unechte Feststellungsgeschäfte". Mit dem Nachweis eines „echten" Feststellungsvertrages ist diese Behauptung, die vor allem von Schöninger aufgestellt wird [16]), entkräftet. Es verlohnt sich aber, da Schöninger [17]) auch den allgemein bekannten Vergleich als unechtes Feststellungsgeschäft bezeichnet, schon hier seine Ausführungen zu widerlegen.

Unechte Feststellungsgeschäfte sind solche, die sich nur mißbräuchlicherweise der Form der Feststellung bedienen, bei denen also „der rechtsbegründende Akt im Gewande der bloßen Feststellung auftritt". Nach Schöninger [18]) ist auch der Vergleich ein unechtes Feststellungsgeschäft, denn sein eigentlicher Inhalt sei nicht Feststellung, sondern Streitschlichtung, d. h. ein rechtsbegründender Tatbestand [19]). Es soll der Vergleich kein Feststellungsgeschäft sein, „sondern ein Rechtsgeschäft besonderer Art, bei welchem eine Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird". Da man besser statt „Ungewißheitbeseitigung" „Feststellung" sagt, so paßt auch die Definition, die im wesentlichen nur den Wortlaut des Gesetzes (§ 779 BGB.) wiedergibt, auf das Feststellungsgeschäft „Vergleich". Die Besonderheit des Vergleichs besteht darin, daß die Beseitigung der Ungewißheit im Wege gegenseitigen Nachgebens geschieht.

Auch die Streitschlichtung, die an Stelle der Feststellung „den eigent

---

14) Rümelin, Festgabe S. 80.
15) Pagenstecher § 12 S. 95.
16) S. 312.
17) S. 316 ff.
18) S. 317.
19) Dagg. mit Recht Rümelin, Festgabe S. 82 Anm. 131.

lichen Inhalt des Vergleiches" bilden soll, ist in Wahrheit ebenfalls Beseitigung des Streites, mit anderen Worten: private Feststellung.

Es soll nicht geleugnet werden, daß in vielen Fällen das Wort „feststellen" mißbräuchlich verwandt wird; nämlich in allen den Fällen, in denen sich das rechtsbegründende Geschäft der sprachlichen Form der Feststellung bedient. Dies sind Fälle der von Bekker sog. unechten Anerkennung. Zu diesen gehört aber nicht der Vergleich; denn obwohl durch seinen Abschluß ein neuer Rechts zustand geschaffen wird, wie Schöninger richtig bemerkt, indem an die Stelle des ungewissen Rechtszustandes ein gewisser tritt, so sollen doch dadurch keine neuen Rechte begründet werden. „Die Fälle der vergleichsmäßigen Neubegründung einer Forderung stehen auf anderem Boden. Die vergleichsmäßige Feststellung ist der unzweifelhafteste und häufigste Fall eines Feststellungsvertrages [20])."

Daß das Streitschlichten „ein besonderer rechtsbegründender Tatbestand" sein soll, wird von Schöninger [21]) lediglich behauptet, jedoch unbegründet gelassen. Das Gesetz selbst (§ 779 BGB.) sagt ja auch nur, daß die Ungewißheit oder der Streit beseitigt wird; von Rechtserzeugung ist hier keine Rede, obwohl solche in jedem Vergleich enthalten sein kann. Da die Parteien aber nicht wissen, ob die Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses erfolgen soll, können sie dies übereinstimmend auch nicht erklären. Aber nur die übereinstimmende Erklärung der Parteien könnte den Erfolg der Rechtsbegründung haben. Diesen kann man nur insoweit bejahen, als beide Parteien eine eventuelle Neubegründung wollen. Diese Absicht tritt aber hinter der primären Absicht der Feststellung völlig zurück, sodaß der Vergleich als echter Feststellungsvertrag zu bezeichnen ist.

§ 8. Kausale und abstrakte Feststellungsgeschäfte. (Das Kausa-Problem).

Sehr verbreitet ist auch die Auffassung, Anerkennungsverträge als Feststellungsverträge zu bezeichnen. Nur ist man hier auch geteilter Meinung, ob nun den abstrakten Schuldanerkenntnisverträgen oder anderen, eventuell kausalen, Anerkennungsverträgen der Name Feststellungsvertrag gebührt. Zum Beweise dessen seien nur zwei Schriftsteller angeführt:

Leonhard sagt in seinem Lehrbuch des Schuldrechts [1]): „Das Schuldanerkenntnis ist ein Feststellungsvertrag, da die Ungewißheit, die über das Bestehen einer Schuld geherrscht hat, beseitigt ist." Gemeint ist in dem Zusammenhange, das abstrakte Schuldanerkenntnis des § 781 BGB.

Gerade gegenteiliger Ansicht ist Rümelin [2]): „Freilich kann man auch noch in einem anderen Sinn — also abgesehen von den abstrakten Schuldanerkennungsverträgen [3]) — von Anerkennungsverträgen reden. Man kann auf den Geschäftszweck der Außerstreitsetzung abstellen. Wenn man von dieser Begriffsbildung ausgeht, ist es zulässig, die Anerkennungsverträge

---

[20]) Rümelin, Festgabe S. 82 Anm. 131,
[21]) a. a. O. S. 317.
[1]) II. Teil S. 353.
[2]) Festgabe S. 59.
[3]) Daselbst S. 57.

als besondere Hilfsgeschäfte mit eigenartigen Geschäftszwecken mit dem Vergleich unter der gemeinsamen Rubrik „Feststellungsgeschäfte" zusammen zu bringen."

Es erschien ratsam, diese beiden entgegengesetzten Ansichten wiederzugeben, da daraus ersichtlich ist, daß zuerst zu Grunde gelegt werden muß, was unter kausal und abstrakt zu verstehen ist, ehe man kausale und abstrakte Verträge behandelt.

Es muß hier zunächst geklärt werden, was nach dem Gesetz unter „causa" zu verstehen ist. Darüber herrscht noch heute erheblicher Streit [4]). So versteht z. B. Gneist [5]) darunter die juristische Absicht des Geschäfts, während für Kindel [6]) der rechtliche Grund in der Beziehung auf die Begründung, Lösung oder Sicherung eines Rechtsverhältnisses zu suchen ist. Die herrschende Meinung verlangt eine Zweckvereinbarung, manche lassen auch eine einseitige Zweckbestimmung genügen.

Um in diesem Meinungsstreit die richtige Lösung zu finden, empfiehlt es sich, zuerst einmal alles das auszuscheiden, was als rechtlicher Grund (causa) nicht in Betracht kommen kann.

Als causa eines Wechsels wird häufig [7]) die Kaufschuld bezeichnet, während doch nur ihre Erfüllung als Rechtsgrund in Betracht kommen kann. Wenn bei den abstrakten Verträgen das zu Grunde liegende Kaufgeschäft als causa bezeichnet wird [8]), so handelt es sich dabei wohl nur um eine ungenaue Ausdrucksweise [9]). Denn man kann nicht im allgemeinen Teil des bürgerlichen Rechtes von der causa solvendi, credendi und donandi ausgehen und dann im Schuldrecht bei den abstrakten Schuldverträgen den Kaufvertrag als causa bezeichnen. Diesen inneren Widerspruch [10]) haben manche zum Anlaß genommen, die bisherige Begriffsbildung gänzlich über Bord zu werfen [11]). Eine Änderung in so großem Umfange käme jedoch einer Umgestaltung fast des gesamten Zivilrechtssystems gleich [12]).

Daher müssen auch diejenigen, die an Stelle des bisherigen Rechtsgrundsbegriffs zwischen Grundgeschäften und Hilfsgeschäften unterscheiden wollen, zugeben, daß man den Begriff des Rechtsgrundes nicht gänzlich fallen lassen kann. Deshalb muß die Aufgabe weiter darin bestehen, den Begriff des Rechtsgrundes auch von den anderen Schlacken zu reinigen und dadurch zu klären.

---

4) Leonhard, a. a. O. I 188; Jung, Krit.Viert.J.Schr. Bd. 46 S. 224; Ackermann Gruch. Bd. 44 S. 573; Bussert S. 18; Brütt § 1; Bähr Jher. J. Bd. 2 S. 340; Degenkolb Jher. J. Bd. 56 S. 153 ff.; Huysinga S. 1 ff. vergl. dazu die Besprechung von Leonhard in Gruch. Bd. 46 S. 870; Neumann, Gruch. Bd. 45 S. 503; Schloßmann S. 28 ff.; Stampe S. 1 ff. und Zeitschr. für Handelsr. Bd. 55 S. 387—416.

5) a. a. O. S. 118.

6) a. a. O. § 2.

7) Wieland S. 9 ff.

8) wie z. B. bei Klingmüller, Rechtsgrund S. 37; Rümelin Arch. z. Pr. Bd. 97 S. 226.

9) Enneccerus § 139 Anm. 4; Bussert S. 23; Rümelin, Festgabe S. 17.

10) Rümelin, Festgabe S. 8 Anm. 25, Dagg. Brütt S. 46.

11) Stampe a. a. O. u. Z. f. H.R. Bd. 45 S. 387 ff.; Wieland S. 9 Dagg. Enneccerus § 139 Anm. 5.

12) Vergl. Stampe selbst, Causaproblem S. 39.

Vor allem sind auszuschalten die inneren Beweggründe einer oder beider Parteien [13]), denn diese rein inneren Vorgänge, die das Motiv zu einem Verpflichtungs- oder Veräußerungsgeschäft bilden, sind ohne Belang. Wollte man sie, wie das Windscheid in seiner „Lehre von der Voraussetzung" [14]) getan hat, als Rechtsgrund betrachten, so würde man diesem inneren psychologischen Vorgang eine Stellung einräumen [15]), die ihm nach dem BGB. in keiner Weise gebührt. Andererseits würde man den Rechtsgrund, welcher einen wesentlichen Teil des Geschäfts i n h a l t s bildet, nicht als Bestandteil dieses Geschäftsinhalts gelten lassen, sondern auf die Bedeutung eines bloßen subjektiven Motivs zur Vornahme des Geschäfts herabdrücken [16]). Es ist also zu betonen, daß nur das als Rechtsgrund angesehen werden kann, was von den Parteien als solcher e r k l ä r t ist.

Aber auch dann ist der Beweggrund nicht der wahre Rechtsgrund, wenn er für das Rechtsgeschäft von Erheblichkeit ist, z. B. deshalb, weil er zur Bedingung erhoben worden ist oder weil der Ausfall des Erfolges einen Bereicherungsanspruch nach § 812 BGB. gewährt. Wenn sich z. B. die Verlobten Geschenke machen, so können sie diese unter gewissen Voraussetzungen zurückverlangen. Aber man darf dabei nicht übersehen, daß das Verlöbnis nur ein außerhalb des Geschäfts liegender Beweggrund ist, während der eigentliche Rechtsgrund in der Schenkung zu suchen ist.

Zwar wird auch dann, wenn der r e c h t l i c h e Grund fehlt, ein Ausgleichungsanspruch nach § 812 BGB. gewährt, aber das zeigt nur, daß das Bereicherungsrecht eben in ganz verschiedenen Fällen regulierend eingreift.

Da bei allen Geschäften ein Rechtszweck vorhanden ist, hat man daraus schließen zu können geglaubt, daß sich jedes Vermögensverschiebungsgeschäft in Mittel und Zweck zerlegen lasse. Als Mittel diene allein die Zuwendung, der Veräußerungs- oder Verpflichtungsakt, welcher dazu bestimmt sei, das Recht aus einem Vermögen in ein anderes zu bringen. Der Zweck findet sich in der in den Parteiverhandlungen zum Ausdruck gekommenen Bestimmung, daß das Zuwendungsgeschäft eine bestimmte, rechtlich mögliche, Wirkung auf die Beziehungen der Parteien ausüben soll. Jedes Vermögensverschiebungsgeschäft lasse sich somit zerteilen in ein Leistungsgeschäft und in ein Zwecksatzungsgeschäft [17]).

Und in der Tat wird von der h. M. die Vereinbarung über den Zweck als Rechtsgrund anerkannt [18]). Falls eine Vereinbarung über den Zweck nicht ausdrücklich zustande kommt, soll es genügen, daß der eine Teil mit der Leistung ersichtlich einen bestimmten Zweck verfolgt und der andere Teil durch die Annahme der Leistung zu erkennen gibt, daß er sich dieser erkennbaren Zweckbestimmung fügt. Stützpunkt dieser herrschenden Lehre ist der Wortlaut des § 812 BGB., der besagt, daß das Geleistete zurückverlangt wer-

[13]) Leonhard, Schuldrecht I S. 382.

[14]) S. 198; vergl. Pandekten-Recht II § 318 S. 313; Schloßmann S. 28.

[15]) Vergl. noch Motive III S. 842.

[16]) So schon Fitting Arch. z. Prax. Bd. 52 S. 396; vergl. Salpius, Novation und Delegation S. 215; Jhering, Geist des röm. R. III S. 199.

[17]) Klingmüller, Causa und Schuldversprechen, Z. f. HR. Bd. 58 S. 154; Zitelmann, Grünhut Bd. 33 S. 15.

[18]) Enneccerus § 139; v. Tuhr II 1 S. 81; Staudinger II 3 S. 1688.

den kann, wenn der "nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt". Daraus schließt die h. M., daß der Rechtsgrund in einer **Zweckvereinbarung** bestehen müsse[19]).

Dieser herrschenden Lehre muß aus verschiedenen Gründen entgegengetreten werden.

Es gibt viele Rechtsgeschäfte, die auch ohne Parteibestimmung immer einen bestimmten Zweck verfolgen, wie der Vergleich den Zweck, einen Streit oder eine Ungewißheit zu beseitigen[20]). Diese Artzwecke[21]) sind von dem eigentlichen Rechtsgrund sehr verschieden. Ein solcher besonderer Rechtsgrund ist überhaupt nur da möglich, wo das Geschäft verschiedenen Zwecken dienen kann. Hier ist eine besondere Zweckbestimmung nötig; nicht dagegen ist sie möglich bei Geschäften, deren Inhalt schon ihre Begründung enthält[22]). Z. B. Kauf und Miete sind typisch gefärbte Geschäfte, die man niemals abstrakt gestalten könnte, weil es sich dann eben nicht mehr um Kauf und Miete handeln würde. Es ist daher durchaus unklar, diese Verträge als kausal zu bezeichnen[23]). Eine solche Unterscheidung in „kausal" und „abstrakt" ist nur bei farblosen Geschäften, wie sie Leonhard treffend genannt hat, möglich[24]).

Nur solche farblosen Geschäfte können die Parteien durch nähere wirtschaftliche Erläuterung[25]) zu kausalen machen. Um die Bedeutung dieses Ergebnisses klarzulegen, muß darauf hingewiesen werden, daß nach der hier vertretenen Auffassung im BGB. keine kausalen Verträge besonders geregelt sind. Aber die in den §§ 780, 781 BGB. abstrakt gestalteten Verträge können von den Parteien auch kausal gestaltet werden, da sie farblos sind. Alle übrigen im letzten Abschnitt des zweiten Buches des BGB. geregelten Schuldverhältnisse sind Artzweckgeschäfte, da sie inhaltlich schon ihre Begründung enthalten.

Es ist ferner darzulegen, wie die Abstraktheit eines Rechtsgeschäftes zustande kommt, denn auch hierüber sind sich die Schriftsteller nicht einig und eine Klärung ist erforderlich, bevor abstrakte Verträge behandelt werden können.

Rümelin[26]) will den **Zweck** des Vertrages als entscheidend betrachten und die Absicht der Parteien zurücktreten lassen, weil diese Absicht vielfach nicht deutlich erkennbar sei. Es hieß auf jegliches Verständnis der abstrakten Schuldverträge verzichten, wenn man von dem „abstrakten Verpflichtungswillen der Parteien auszugeben suchte"[27]). Daß es einen solchen **Willen**

---

19) Bussert, S. 20 RGR.-Komm. zu § 812 Erl. 6.

20) Leonhard, Schuldrecht I S. 380.

21) Leonhard, a. a. O. S. 322.

22) Rümelin, Festgabe S. 7.

23) Im Ergebnis ebenso Stampe, Causa und abstrakte Geschäfte S. 400 Anm. 14.

24) a. a. O. S. 378.

25) Leonhard, Allgem. Schuldrecht S. 386, 387 § 188 a. E.

26) Arch. z. Prax. Bd. 197 S. 236 ff., 275 ff. Dagg. Leonhard II S. 349

27) So Rümelin, Festgabe 65; ebenso Leonhard a. a. O. I S. 391; Steinbach S. 12 f.; Lacmann Bürg. Arch. Bd. 31 S. 66.

nicht gäbe und nicht geben könne, sei wiederholt überzeugend nachgewiesen[28]). Wollte man den „Abstraktionswillen" maßgebend sein lassen, so müßte man sich denselben in einer Weise juristisch präzisiert denken, wie er im Leben niemals vorzukommen pflege. Der abstrakte Vertrag sei lediglich eine rechtliche Anschauungsform.

Ebenso verwirft Degenkolb[29]) den Abstraktionswillen; denn wie käme man sonst dazu, wenn der Wille darauf gerichtet wäre, sich ohne Rücksicht auf die causa zu verpflichten, wegen Fehlens dieser causa eine Kondiktion zu gewähren.

Selbst wenn man auch mit Jung[30]) eine Kritik des „abstrakten Verpflichtungswillens" für notwendig hält, so läßt sich doch das Vorhandensein eines solchen beschränkten Ablösungswillens nicht gänzlich leugnen. Ein solcher ist auch in gewissem Umfang möglich, wie in den Verhandlungen des Deutschen Juristentages zum Ausdruck kommt, in denen doch die rechtspolitischen Zwecke naturgemäß besonders hervorgehoben werden. Und gerade bei den abstrakten Schuldverträgen der §§ 780, 781 BGB. ist ein solcher Ablösungswille auch erforderlich, da die Parteien Zwecke verfolgen, von denen sie wissen, daß sie sie nur mittels Abstraktion vom bisherigen Rechtsgrunde erreichen können. Mag man daher auch die Abstraktion bei dinglichen Übertragungsgeschäften als alleinige Folge des objektiven Rechts ansehen, weil derjenige, der z. B. Eigentum übertragen wolle, nicht die Absicht habe, es schlechthin wegzugeben, sondern nur aus einem bestimmten Grunde; bei den abstrakten Schuldverträgen wird es auf den erklärten Willen der Kontrahenten ankommen[31]).

Auch Leonhard[32]), nach dessen Ansicht es hier wie überall, nicht auf den inneren Willen der Parteien, sondern auf den Sinn des Vertrages ankommt, betont mit Recht, daß das Gesetz auf dem hier vertretenen Standpunkt steht. Selbst wenn man daher alle vorgebrachten Bedenken der Gegner für berechtigt hielte, so wäre es dennoch nicht möglich, die Auffassung, die dem Gesetze innewohnt, einfach zu verwerfen. Das Gesetz sagt in § 780 BGB.:

„Zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den eine Leistung „in der Weise" versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll (Schuldversprechen) ist schriftliche Erteilung des Versprechens erforderlich."

Aus diesem Wortlaut geht hervor, daß entscheidend für die abstrakte Natur des Schuldversprechens nur „die Weise", in der versprochen wird, d. h. der Sinn der Abmachung[33]) sein kann. Die Parteien bringen zum Ausdruck, daß sie den Rechtsgrund nicht als materiellen Bestandteil in den Vertrag aufnehmen wollen, daß sie vielmehr eine Verpflichtung ins Leben rufen wollen, die von dem besonderen Rechtsgrunde losgelöst ist.

Ebenso ist die Frage bei dem abstrakten Schuldanerkenntnis zu entschei-

---

[28]) So z. B. von Degenkolb Verh. des 9. DJT. III S. 96 f.; Neubecker Bürg. Arch. Bd. 22 S. 73; Kindel S. 99; Brütt S. 50 (aber S. 89!); Klingmüller, Schuldversprechen S. 58, 86.

[29]) a. a. O. S. 98; Jher. J. Bd. 56 S. 196 ff.

[30]) Krit.Viert.J.Schr. Bd. 46 S. 228.

[31]) So Seufferts Arch. Bd. 16 S. 225; Bd. 23 S. 118; Bd. 24 S. 113;

[32]) Schuldrecht I S. 391.

[33]) Leonhard, Bes. Schuldrecht S. 346.

den. Zwar spricht der § 781 BGB. nicht davon, daß die Anerkennung die Verpflichtung selbständig begründen soll, aber aus der Gesetzgebungsgeschichte[34]), aus der absichtlich übereinstimmenden Regelung von Schuldversprechen und -anerkenntnis in den §§ 780, 781, 518 Abs. 1 Satz 2 und 2301 Abs. 1 Satz 2 BGB., aus dem Zweck der Formvorschrift des § 781 BGB. und aus der Behandlung des Schuldanerkenntnisses als einer Leistung im Sinne der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung folgt, daß ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB. ebenfalls eine dahingehende Erklärung erfordert, die Verpflichtung von dem bisherigen Rechtsgrunde loszulösen[35]). Schuldanerkenntnis und -versprechen unterschieden sich nur durch die Form[36]) des Ausdrucks. Die Loslösung soll zwar nicht vollkommen und endgültig sein, denn eine solche restlose Loslösung ist psychologisch überhaupt unmöglich[37]). Es kann unter vernünftigen Menschen keine abstrakte Vermögensdisposition geben, welche subjektiv einer causa ermangelte. Die causa im subjektiven Sinne ist eine psychologische Notwendigkeit. Sie kann niemals fehlen, solange man es mit juristisch willensfähigen Menschen zu tun hat. Würde sie fehlen, so wäre die die Vermögensübertragung darstellende Handlung sinnlos[38]). Aber dennoch erklären die Parteien aus den verschiedensten Gründen, die Verpflichtung von dem Rechtsgrund vorläufig ablösen zu wollen, z. B. weil sie Gewißheit erlangen oder die Klage erleichtern wollen.

Der Zweck des Vertrages, auf den Rümelin[39]) allein abstellen will, wird deshalb zwar immer ein wichtiger Umstand für die Auslegung sein; indessen kann auch er nicht mit Sicherheit ergeben, daß gerade ein selbständiges Schuldanerkenntnis den Anschauungen der Parteien entspricht. M. E. wird man zwar den Zweck, den die Parteien bei Abschluß des Vertrages verfolgten, für die Auslegung der Willenserklärungen maßgebend sein lassen, man wird aber doch insoweit dem Wortsinn des Gesetzes folgen müssen, als man es auf den erklärten Willen abstellt, der dahingeht, die Verpflichtung selbständig zu begründen. Die Absicht, das Schuldverhältnis von seinem bisherigen Schuldgrunde gänzlich loszulösen, kann nicht verlangt werden, da dies psychologisch unmöglich ist. Vielmehr ergibt sich eine unvollkommene, vorläufige[40]) Ablösung als rechtliche Folge des bezeichneten Vertragsinhaltes, der in diesen Grenzen tatsächlich möglich ist und sich aus den Vertragszwecken erkennen läßt[41]).

---

[34]) Protokolle II 2 S. 502, 508; Motive II S. 690.

[35]) So die h. M.: RG. Bd. 61 S. 319; Bd. 75 S. 5; JW. 1926 S. 2532; L.Z. 1918 S. 376; Recht 1915 Nr. 509; OLG. Bd. 35 S. 374; Seufferts Arch. Bd. 63 S. 437; Brütt S. 89 f.; Klingmüller, Schuldversprechen S. 102 ff.

[36]) So Leonhard, Bes. Schuldrecht S. 352 § 175.

[37]) So Leonhard, Die Wahl bei der Wahlschuld Jher. J. Bd. 41 S. 61.

[38]) So Bähr, Anerkennung S. 13 § 3; Windscheid II § 318 Nr. 1; Jhering, Geist des röm. R. III S. 204; Witte, Bereicherungsklagen S. 53; Lacmann, Bürg. Arch. Bd. 31 S. 67; Klingmüller, Schuldversprechen S. 61.

[39]) Arch. z. Prax. Bd. 97 S. 268.

[40]) So Leonhard a. a. O. I § 192.

[41]) RG. Warn. 1910 Nr. 276; 1911 Nr. 232; 1919 Nr. 115; RGR Komm. § 780 Anm. 3.

B. Die sog. Feststellungsverträge i. w. S.

§ 9. Das kausale Anerkenntnis.

Nach dieser Klarlegung der Begriffe abstrakt und kausal können nunmehr die einzelnen Feststellungsgeschäfte näher behandelt werden; dabei kann auch der oben (S. 28) zurückgestellte Beweis geführt werden, daß die Anerkennungsverträge keine Feststellungsverträge in dem hier dargestellten Sinne sind, da sie keine endgültige Feststellung erreichen können. Insbesondere kann nach der Darlegung der einzelnen im Schrifttum als „Feststellungsverträge" bezeichneten Geschäfte auch bewiesen werden, daß sich für sie eine gemeinsame Regel nicht aufstellen läßt. Aber nur dann würde sich ein besonderer Oberbegriff „Feststellungsvertrag" rechtfertigen [1]).

Besonders das kausale Schuldversprechen und -anerkenntnis verdient den Namen Feststellungsvertrag in keiner Weise, da es nicht in der Lage ist, irgendeine Verpflichtung zu begründen [2]). Dies wird im folgendem nachzuweisen sein.

Man hat in Wissenschaft und Praxis ein Versprechen nicht als abstrakt, sondern als kausal bezeichnet, wenn es von einer Gegenleistung abhängig gemacht wurde. Aber in solchen Fällen, in denen die Leistung von der Gegenleistung abhängig ist, liegt garkein kausales Versprechen, sondern entweder ein gesetzlich geregelter oder frei erfundener gegenseitiger Vertrag vor. Verspricht z. B. jemand dafür, daß der andere ihm ein Auto zu Eigentum überträgt, 4000,— *RM*, so liegt hier ein Artzweckvertrag vor, nämlich ein Kaufvertrag; man kann einen solchen Vertrag nicht in zwei Verpflichtungen zerreißen und die Verpflichtung der einen Partei als kausales Schuldversprechen gegenüber der anderen Partei ansehen. Sind also beide (!) Leistungen einklagbar, so handelt es sich um einen gegenseitig verpflichtenden Vertrag. Etwas anderes ist es dagegen [3]), wenn die Gegenleistung nur zur Bedingung der Leistung gemacht wurde, also nicht selbständig eingeklagt werden kann. Hier ist das kausale Versprechen bedingt. Die Zulässigkeit von Bedingungen ergibt sich, auch für abstrakte Versprechen [4]), aus dem allgemeinen Grundsatz, daß Verträge bedingt geschlossen werden können.

Von einem kausalen Schuldversprechen kann also nur dann die Rede sein, wenn es sich um eine einseitige, vom Gegner angenommene Verpflichtung handelt, die die causa zum wesentlichen Bestandteil des Vertrages erhoben hat. Das Versprechen ist dann nicht abstrakt, weil aus ihm der Zweck, nämlich die Erfüllung einer Schuld, deutlich hervorgeht.

Als Beispiel eines kausalen Schuldversprechens mag folgender Fall dienen [5]):

B. schuldet A. einen Kaufpreis in Höhe von 100,— *RM* aus einem Vertrage, nach welchem A. verpflichtet war, die Ware bei C. abzuliefern. Inzwischen ist die Kaufpreisforderung verjährt. Jetzt verspricht B., die

---

1) Leonhard a. a. O. II S. 345.
2) So Leonhard a. a. O. II S. 347.
3) Crome II § 304 Anm. 10.
4) Leonhard, Bes. Schuldrecht S. 351 § 173.
5) Bussert S. 26.

100,— *RM* aus dem Kaufvertrag zu zahlen, unter der ausdrücklichen Voraussetzung, daß A. die gekaufte Ware an C. geliefert hat.

Aus diesem Vertrage geht hervor, daß sich B. die Möglichkeit vorbehalten will, auf den geschlossenen Kaufvertrag zurückzugreifen.

In einem solchen kausalen Schuldversprechen, z. B. die Kaufpreisschuld zu zahlen, liegt gleichzeitig das Anerkenntnis, einen Kaufpreis schuldig zu sein. Versprechen und Anerkenntnis unterscheiden sich also hier ebenso wie bei den abstrakten Formen, nur durch den Ausdruck, nicht in ihrem Wesen [6]).

Aus obigem Beispiel geht hervor, daß das kausale Schuldversprechen häufig dazu verwandt wird, um ein zwischen den Parteien bestehendes Schuldverhältnis zu bestätigen [7]). Wenn aber die Absicht der Parteien dahin ging, sich endgültig über das Bestehen bezw. Nichtbestehen einer Verbindlichkeit Gewißheit zu verschaffen, so können durch dieses Anerkenntnis Ansprüche der einen Partei gegenüber der anderen nicht festgestellt werden [8]).

Dies ist schon mehrfach nachgewiesen worden. Besonders Hillmer [9]) hat anläßlich seiner Untersuchung, ob auch ein kausales Anerkenntnis gemäß § 812 BGB. zurückgefordert werden kann [10]) nachgewiesen, daß durch ein kausales Anerkenntnis keine Verpflichtung begründet wird, wenn die zu Grunde liegende Schuld fehlt. Denn wenn das Versprechen die Haftung selbständig begründen solle, sei Schriftlichkeit nach § 781 erforderlich. Zur Begründung dieser Ansicht geht Hillmer von einer Entscheidung des OLG. Frankfurt aus [11]), in welcher dem mündlichen kausalen Schuldversprechen verpflichtungsbegründende Kraft beigelegt werde.

Dort hatte ein Automobilbesitzer nach einem Zusammenstoß mit einem Milchwagen dem Besitzer des letzteren versprochen, „alles zu bezahlen". Allein auf Grund dieses Versprechens verurteilt ihn das OLG. zur Schadenserсatzleistung, mit der Begründung, daß die Parteien „lediglich den unmittelbaren Zweck der Leistung, nämlich den Ersatz des erlittenen Schadens, als Verpflichtungsgrund vereinbart hätten. Nach dem Grundsatz der Formfreiheit der Verträge sei aber ein solches Rechtsgeschäft als wirksam anzusehen, auch wenn es nur mündlich geschlossen sei".

Trotz dieser Begründung behandelt m. E. das OLG. das schlichte Versprechen als ein abstraktes, denn sonst hätte es auf den Rechtsgrund eingehen müssen. „Ersatz des erlittenen Schadens" kann aber niemals ein Rechtsgrund sein, sondern höchstens: „Tilgung der Ersatzschuld". Deshalb ist auch heute noch daran festzuhalten, daß ein mündliches Schuldversprechen, das keinen Grund angibt, ebenso wie das römische konstitutum von einem rechtlichen Grunde abhängig ist [12]). Hillmer bekämpft daher mit Recht die

---

6) So Oertmann Vorbem. zu § 780; Planck und Staudinger zu § 781; Collatz S. 127; Klingmüller, Schuldverspr. S. 107, Staub Bd. 3 § 350 Anm. 17; RG. Bd. 68 S. 303; Verh. d. 9. DJT. Bd. 3 S. 87, 96; Festgabe s. 60; Leonhard, Bes. Schuldrecht § 175 S. 352.

7) Vergl. Leonhard, Bes. Schuldrecht § 173 S. 349—350.

8) Dagg. Bussert S. 26.

9) a. a. O. S. 35—41 (Dissertation bei Leonhard).

10) OLG. Ffm. III vom 1. 2. 1909 = OLG. Bd. 20 S. 238.

11) Vergl. hierzu besonders eingehend Leonhard II S. 353 § 175 und II S. 459 § 241.

12) Leonhard a. a. O. I S. 389.

Auffassung des OLG., denn durch die Bestimmung einer Schuld als Ersatzschuld könne diese doch nicht zur Ersatz s c h u l d werden, wenn nach dem Gesetz keine Ersatz p f l i c h t des Versprechenden bestand. Diese Wirkung vermöge nur das schriftliche abgelöste Versprechen des § 780 BGB. hervorzurufen [13]).

Dem muß zugestimmt werden; denn nach der Ansicht des OLG. Ffm. könnten ja sonst die Parteien auch in anderen Fällen „lediglich den unmittelbaren Zweck der Leistung", z. B. Bezahlung der Kaufpreisschuld, als Verpflichtungsgrund mündlich vereinbaren, ohne Rücksicht darauf, ob ein gültiger Kaufvertrag zustande gekommen war. Die Eigenart des kausalen Anerkenntnisses besteht gerade darin, daß es abhängig ist von der Gültigkeit der zu Grunde liegenden Leistungsbestimmung (Schuldtilgung, Rechtserwerb, Schenkung [14]). Da nach richtiger Ansicht Leonhard's nur diese Leistungsbestimmungen möglich sind, hätte geprüft werden müssen, ob eine Schuld bestand; denn zur Gültigkeit eines kausalen Versprechens ist immer erforderlich, daß eine Verbindlichkeit, deren Erfüllung das Versprechen bezweckt, zwischen den Vertragsparteien besteht [15]). Bestand diese nicht, so war das kausale Anerkenntnis unwirksam, da es auf eine unmögliche Leistung, die Tilgung einer nicht bestehenden Schuld, gerichtet war [16]). Der Unterschied zwischen kausalem und abstraktem Anerkenntnis besteht letzten Endes nur darin, daß ersteres s o f o r t unwirksam ist, wenn der Verpflichtungsgrund fehlt, letzteres dagegen v o r l ä u f i g wirksam bleibt bis es gemäß § 812 BGB. zurückverlangt wird. Daher erscheint der Nachweis, „daß ein kausales Anerkenntnis unwirksam ist, wenn die zu Grunde liegende Verpflichtung nicht besteht", nur als eine Bestätigung seiner kausalen Natur. Dieser Nachweis ist deshalb erbracht, sobald man das Anerkenntnis als kausales bezeichnet. Aber auch dann, wenn das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis besteht, vermag das kausale Schuldversprechen keine Verpflichtung zu begründen, da es dem bestehenden Rechtsverhältnis nichts hinzuzufügen vermag.

Die Fähigkeit, eine selbständige, d. h. vom Schuldgrund künstlich losgelöste [17]) Verpflichtung zu begründen, besitzt nur das abstrakte Anerkenntnis. Zu dessen Gültigkeit verlangt das Gesetz Schriftform und bringt damit zum Ausdruck, daß mündliche Anerkenntnisse nicht abstrakt sein können. Solche kausalen Anerkenntnisse können aber nicht als Feststellungsvertrag bezeichnet werden. Denn sie vermögen nicht das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis zu festigen, da ihr Bestand jederzeit von jeder Partei durch Zurückgreifen auf das zugrundeliegende Rechtsgeschäft in Zweifel gestellt werden kann.

§ 10. Das abstrakte Anerkenntnis des § 781 BGB.

Es bleibt daher weiterhin zu untersuchen, ob das abstrakte Anerkenntnis den Erfolg der Feststellung für sich buchen kann. Dies wird vielfach ange-

---

[13]) Oertmann § 780 Anm. 8; Josef, Arch. z. Prax. Bd. 109; S. 194; Schreiber S. 584; v. Tuhr II 2 S. 253.

[14]) Leonhard a. a. O. I S. 387 § 189 und II S. 348 § 173.

[15]) Bussert § 12 S. 39.

[16]) Bussert S. 57.

[17]) Leonhard, Allgem. Schuldrecht S. 381.

nommen. Auch Leonhard[1]) bezeichnet den abstrakten Vertrag als Feststellungsvertrag. Dies ist zutreffend, wenn man die durch den abstrakten Vertrag bewirkte Ablösung als Feststellung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses bezeichnet: denn dadurch wird ein Streit oder doch ein Zweifel über das Bestehen einer Schuld zunächst beseitigt[2]) und das abstrakte Anerkenntnis wird ja auch meist zum Zwecke der Feststellung abgegeben[3]). Hier handelt es sich aber um die zu entscheidende Frage: „Kann das abstrakte Anerkenntnis feststellen, also das Rechtsverhältnis dem Streit der Parteien endgültig entziehen?" Diese Frage muß verneint werden.

Zwar ist vielfach im Schrifttum betont worden, daß nur so dem abstrakten Anerkenntnis eine Bedeutung zukomme[4]); aber diese Ansicht ist dringend einer Nachprüfung bedürftig. Sie behauptet nämlich, das abstrakte Schuldverhältnis sei von dem Rechtsgrund so unabhängig, daß seine Geltung durch Mängel des letzteren nicht berührt werde. Das ist aber höchst ungenau[5]). Denn bei den abstrakten Schuldverträgen führt ein Mangel im Rechtsgrund dazu, daß der Schuldner dem Gläubiger die Einrede der Grundlosigkeit entgegenhalten kann. (§ 812 BGB.). Wenn man auch der herrschenden Meinung zugeben muß, daß es hierzu erst einer Einrede bedarf, so kann man doch keinesfalls behaupten, daß die abstrakte Schuld ganz unabhängig von ihrem Rechtsgrund sei.

Andererseits gehen aber auch die Gegner der herrschenden Meinung[6]) zu weit, wenn sie behaupten, es sei schlechthin ein Widerspruch, daß der Vertrag durch Einrede entkräftbar und dennoch abstrakt sei. Denn sie haben dabei nicht genügend berücksichtigt, daß dem Gläubiger damit doch wenigstens die Klageerhebung erleichtert wird und er so doch einen vorläufigen Vorteil erlangt.

Immerhin ist den Gegnern der herrschenden Meinung zuzugeben, daß eine völlige Unabhängigkeit von dem Rechtsgrund nicht eintritt. Es tritt nur eine gewisse Ablösung ein, wodurch erreicht wird, daß die Durchsetzung des Anspruchs vorläufig[7]) erleichtert wird, wie wir dies schon mehrfach betont haben (S. 34, 36). Die Feststellung des ungewissen Anspruchs ist daher auch nur vorläufig.

Da wir aber nur eine endgültige Erledigung der Ungewißheit bezüglich eines Rechtsverhältnisses als Feststellung bezeichnen, müssen wir für das abstrakte Anerkenntnis die Bezeichnung „Feststellungsvertrag" ablehnen.

§ 11. Das negative Schuldanerkenntnis des § 397 Abs. 2 BGB.

Ebenso sehr wie an der Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses sind die Parteien an der Feststellung des Nichtbestehens eines solchen interessiert, wenn das Bestehen oder Nichtbestehen zweifelhaft ist. Die Vertragsabsicht ist die gleiche, es soll Rechtsgewißheit geschaffen werden; aber

---

1) a. a. O. II S. 346, 347, 352/353.

2) Leonhard, Bes. Schuldrecht S. 352 unten.

3) Leonhard I § 193 S. 394 u. II S. 350 oben.

4) Crome II § 305.

5) Leonhard, Allgem. Schuldrecht S. 390.

6) Kindel a. a. O. S. 10 ff.; Neubecker Bürg. Arch. Bd. 22 S. 34 ff.; Wieland, Wechsel S. 75 ff.

7) Bei Leonhard I S. 391 sperrgedruckt.

das Ergebnis der Verhandlungen geht dann dahin, daß die Parteien sich einigen, das Rechtsverhältnis bestehe nicht. In solchen Fällen wird ein sog. negatives Schuldanerkenntnis nach § 397 Abs. 2 BGB. abgegeben.

Auch dieses negative Schuldanerkenntnis wird als Feststellungsvertrag bezeichnet[1]). Es wird zu prüfen sein, ob diese Bezeichnung zutreffend ist.

Nach Lehmann[2]) kann die Vertragsabsicht der Parteien entweder dahin gehen, eine bestehende Schuld aufzuheben, oder dahin, „lediglich das wirkliche Nichtbestehen der Schuld festzustellen“[3]). Im ersteren Fall müssen sich die Parteien darüber einig sein, daß die Schuld bestand und daß sie mit Abschluß des Vertrages aufgehoben sein soll. In diesem Fall erlischt die Schuld endgültig und es liegt in Wahrheit ein Erlaßvertrag vor. Im zweiten Fall erlischt zwar die Schuld auch dann, wenn sie bestand; aber der Schuldner ist dann grundlos bereichert, da der Zweck des Vertrages, Klarstellung des bestehenden Rechtszustandes, nicht erreicht wird, wenn die Schuld doch bestand. Erkennt man nur diese beiden Vertragsabsichten, wie Lehmann, an, so kann durch den negativen Anerkennungsvertrag das Nichtbestehen der Schuld nicht endgültig festgestellt werden. Es besteht für den Gläubiger immer noch die Möglichkeit, „das wirkliche Nichtbestehen der Schuld“[4]) anläßlich der Bereicherungsklage zu widerlegen.

Mit Recht unterscheidet daher Könige[5]) zwei andere Möglichkeiten der Anerkennung des Nichtbestehens der Schuld durch den Gläubiger:

Entweder erkennt der Gläubiger an, daß das Schuldverhältnis nicht besteht, weil die Beteiligten das Nichtbestehen annehmen.

Oder der Gläubiger erkennt an, daß ihm der frühere Schuldner nichts mehr schuldet, ohne Rücksicht darauf, ob ein Schuldverhältnis bestand oder nicht. In diesem Fall, in dem die Parteien vielleicht zweifelten oder gleichgültig waren, ist eine Rückforderung nach § 812 BGB. ausgeschlossen, denn — so begründet Könige — durch neuen Vertrag sind die Verhältnisse so festgelegt, daß kein Anspruch bestehen soll[6]).

Wenn nun aber Koenige glaubt, das Anerkenntnis im ersten Sinne könne „die Rechtslage feststellen“, so ist m. E. vielmehr das Anerkenntnis der letzteren Parteiabsicht in der Lage, eine Feststellung zu bewirken. Die entgegengesetzte Auffassung Koenige's beruht auf einem Mißbrauch des Wortes „feststellen“. Wenn die Parteien feststellen, das Schuldverhältnis bestehe nicht, und glauben auch, daß es tatsächlich nicht besteht, so ist dies lediglich ein Meinungsaustausch, der aber keine endgültige Regelung der Rechtsbeziehungen zu Wege bringt, wie sich zeigt, wenn die „Feststellung“ den Tatsachen nicht entspricht. Eine wirkliche, sog. echte Feststellung können die Parteien nur dann zu Stande bringen, wenn sie den Anspruch endgültig als nichtbestehend betrachten wollen, ohne Rücksicht darauf, ob er nun wirklich nicht bestand oder doch bestand.

---

[1]) Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 74; Staub-Könige 3. Bd. § 350.

[2]) Recht der Schuldverhältnisse § 74 II.

[3]) a. a. O. S. 249.

[4]) So Lehmann a. a. O. § 74 II 2.

[5]) Staub-Könige 3. Bd. § 350 Anm. 20.

[6]) Ebenso RG. v. 30. 9. 1910 = Recht 1910 Nr. 3490 = JW. 1910 S. 1002 Nr. 9 = Gruch. Bd. 55 S. 351 Nr. 19.

Dieser allein richtigen Ansicht ist auch das Reichsgericht in einer fundamentalen, vielfach veröffentlichten Entscheidung gefolgt, die hier wiedergegeben zu werden verdient[7]).

Das Reichsgericht hatte zu entscheiden, ob die Anerkennung des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses kondiziert werden könnte und sich mit Recht dahin entschieden, „daß es vor allem darauf ankomme, in welchem Sinne und zu welchem Zweck[8]) das Nichtbestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt sei".

Zunächst werde häufig bei einem sog. negativen Anerkennungsvertrag die Absicht der Parteien darauf gerichtet sein, die wirkliche Rechtslage festzustellen; Voraussetzung sei dabei, daß die betreffende Schuld in Wirklichkeit nicht bestehe. Ergäbe sich dann, daß die Schuld dennoch bestand, so sei die wirkliche Rechtslage nicht festgestellt und die Anerkennung des Nichtbestehens des Schuldverhältnisses, die gemäß § 812 Abs. 2 BGB. als Leistung gelte, könne als ein ohne rechtlichen Grund erfolgter Vermögenszuwachs des Schuldners erscheinen.

Anders aber liege die Sache, wenn die Parteien bei der vertraglichen Feststellung, das Schuldverhältnis bestehe nicht oder nicht mehr, nicht lediglich die z. Zt. der Feststellung wirkliche Rechtslage feststellen wollten, wenn sie vielmehr durch den neuen Vertrag die Rechtslage eventl. auch ändern wollten; wenn sie also das fortan zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis durch den neuen Vertrag hätten feststellen wollen, und deshalb den Vertrag über das Nichtbestehen des Schuldverhältnisses gerade ohne Rücksicht darauf, ob tatsächlich die Schuld bestehe oder nicht, geschlossen hätten. In einem solchen Fall liege bei einer dadurch herbeigeführten Veränderung in den Rechten der Parteien keine ungerechtfertigte Bereicherung vor. Die Veränderung — der Zuwachs oder die Verminderung (m. E. die Feststellung) — sei gerade so, wie sie in Wirklichkeit eingetreten sei, in Wirklichkeit auch gewollt. Sie sei nicht ohne rechtlichen Grund, sondern zufolge des auf sie mitgerichteten Vertragswillens eingetreten.

Sei die Absicht der Parteien dahin gegangen, zur Beseitigung der zwischen ihnen bestehenden Differenzpunkte festzustellen, daß das Schuldverhältnis nicht bestehe, ohne Rücksicht darauf, ob es tatsächlich nicht bestehe, so gelte diese Feststellung für die Zukunft zweifelsfrei und unumstößlich[9]), sodaß keine Partei auf die alten Streitpunkte zurückkommen dürfe.

Hiermit hat das RG. den Erledigungsvertrag anerkannt, ohne allerdings sich dessen recht bewußt zu werden: denn sonst hätte es zu der Erkenntnis kommen müssen, daß nicht „entweder der Zuwachs oder die Verminderung" von den Parteien gewollt war, sondern die Feststellung für die Zukunft.

§ 12. Das deklaratorische Anerkenntnis.

Dem starken Bedürfnis des täglichen Lebens nach Schaffung von Gewiß-

7) RG. v. 30. 9. 1910 = JW. 1910 S. 1002 Nr. 9 = Gruch. Bd. 55 S. 351 Nr. 19 (hier ausführlicher Tatbestand).

8) In JW. 1910 Sp. 1002 Nr. 9 sperrgedruckt.

9) In Gruch. Bd. 55 S. 354 Nr. 19 sperrgedruckt.

heit hat man in Schrifttum und Praxis weiterhin dadurch Rechnung getragen, daß man außer den abstrakten Anerkennungsverträgen

> „bloße Feststellungs- und Bestätigungsverträge ohne selbständigen Klagegrund" [1])

noch anerkannt hat. Diese bezeichnet man allgemein im Gegensatz zu den einen neuen [2]) selbständigen Klagegrund schaffenden konstitutiven Schuldanerkenntnissen als bestätigende oder deklaratorische Anerkenntnisse [3]). Der Zweck dieser vertragsmäßigen Bestätigung wird dahin bestimmt, die bestehende Schuld von „Einwendungen", die dem Schuldner bekannt sind, zu befreien [4]). Soweit dies der Fall ist, bietet das bestätigende Anerkenntnis keine Besonderheit; denn der Schuldner kann jederzeit formlos auf Einreden verzichten [5]). Es wird aber weiterhin behauptet, das deklaratorische Anerkenntnis vermöge das Schuldverhältnis dem Streit und Zweifel der Parteien zu entrücken. Danach ist also unter einem bestätigenden Anerkenntnis ein vertragsmäßiges Anerkenntnis zu verstehen, das kein neues Schuldverhältnis begründen, sondern nur, soweit die Anerkennung reicht [6]), ein bereits bestehendes Schuldverhältnis dem Zweifel und dem Streit der Parteien entziehen soll. Es bringt daher auch keine neue selbständige Verbindlichkeit hervor, sodaß alle die Wirkungen in Wegfall kommen, die das konstitutive Anerkenntnis auf Grund seiner abstrakten Natur hat.

Es bleibt aber die Frage zu beantworten, inwieweit das bestätigende Anerkenntnis rechtswirksam und daher als Feststellungsvertrag zu bezeichnen ist. Planck [7]) gibt die Antwort dahin, daß es dem Schuldner an die in dem Anerkenntnis ausgesprochene Würdigung der ihm bekannten Vorgänge binde. Zwar bringt Planck hierfür keine Begründung, dafür aber den Hinweis auf eine um so interessantere Entscheidung des Reichsgerichts [8]). Diese Entscheidung ist für die vorliegende Untersuchung wertvoll und wird im folgenden ausführlich wiedergegeben.

Der Kläger war bei Überquerung eines Bahnübergangs durch die vom Bahnwärter wegen Herannahens eines Zuges herabgelassene Bahnschranke getroffen und erheblich verletzt worden. In seiner Klage gegen den Pr. Eisenbahnfiskus begehrte er u. a. die Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet sei, im Rahmen des Haftpflichtgesetzes ihm allen aus dem Unfall entstehenden Schaden zu ersetzen. Der Beklagte hatte dem Kläger gegenüber vielfach aus-

---

[1]) Planck BGB. II 2 (1928) Erl. 1c zu § 780.

[2]) Im JW. 1906 S. 742 Nr. 12, ebenfalls sperrgedruckt .

[3]) Planck BGB. II 2 Erl. 2c zu § 781; Staub-Könige (1926) § 350 Anm. 17; RG. v. 9. 10. 1906 = JW. 1906 S. 742 Nr. 12 = Recht 1907 S. 128 Nr. 174 = Neumann Rechtspr. Bd. I S. 1086; RG. v. 1. 5. 1916 = JW. 1916 S. 960 Nr. 5; RG. Bd. 75 S. 6; JW. 1919 S. 186 Nr. 6; Warn. Rechtspr. 1917 Nr. 117; 1929 Nr. 139.

[4]) Planck II Erl. 5 zu § 781; Staub § 350 Anm. 17; v. Tuhr II 2 S. 259 ff.; RGR.Komm. Erl. 3 zu § 781; Brütt S. 90; Oertmann Erl. 2a zu § 781; Warn. Rechtspr. 1929 Nr. 139; JW. 1926 S. 2838 Nr. 3.

[5]) So auch Leonhard, Schuldrecht II S. 346.

[6]) Einschränkung von Planck BGB. Erl. 5 zu § 781.

[7]) a. a. O. Erl. 5.

[8]) RG. in JW. 1916 S. 960 Nr. 5; vergl. Bussert S. 39 Anm. 119; ferner JW. 1919 S. 186; 1926 S. 2532, 2538; L.Z. 1918 S. 376.

gesprochen, er erkenne seine Ersatzpflicht im Rahmen des Haftpflichtgesetzes an und hatte ursprünglich auch wiederholt den Antrag gestellt, „dem Kläger Entschädigung gemäß dem Haftpflichtgesetz zuzusprechen". Berufungsgericht wie Reichsgericht stimmen darin überein, daß hierin weder ein prozessuales Anerkenntnis im Sinne des § 307 ZPO. noch ein selbständiges Anerkenntnis im Sinne des § 781 BGB. zu erblicken sei. Dagegen weichen beide genannten Instanzen in der Würdigung des materiell-rechtlichen Anerkenntnisses voneinander ab. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, das Anerkenntnis besage nichts weiter, als daß die Voraussetzung der Haftungsbegründung „an sich" (!) als erfüllt angesehen werde, somit aber auf die Geltendmachung von Einwänden nicht verzichtet worden sei. Dementsprechend läßt es den Einwand des Beklagten zu, daß dessen Haftung wegen Verschuldens des Klägers am Unfall beseitigt sei. Es handele sich lediglich um „ein Zugeständnis, daß die Voraussetzungen „an sich" erfüllt seien". Das Berufungsgericht hat also das Anerkenntnis in ein Tatsachengeständnis umgedeutet. Demgegenüber erblickt das Reichsgericht in der Erklärung des Beklagten ein das Bestehen der bereits vorliegenden Schuld bestätigendes Anerkenntnis[9]) mit der Bedeutung, daß der Schuldner nach dessen Abgabe nur noch solche Einwendungen geltend machen könne, die ihm z. Zt. des Anerkenntnisses unbekannt waren. Sinn einer solchen Anerkennungserklärung könne nur sein, das Schuldverhältnis dem Streit der Parteien zu entrücken und damit dem Kläger die Anrufung des Gerichts zu ersparen[10]).

Es unterliege keinem Zweifel, daß dem Beklagten die ganzen Vorgänge z. Zt. des Unfalls genau bekannt waren, als er das Anerkenntnis abgab. Daß er diese Vorgänge bis zuletzt nicht eingehend gewürdigt habe, sei für die Rechtslage unbeachtlich. Vielmehr sei der Beklagte an die Würdigung, d. h. an die rechtliche Beurteilung der ihm bekannten Vorgänge eben vermöge seines Anerkenntnisses gebunden, da dieses gerade dazu diente, etwaigen Zweifeln der Parteien ein Ende zu bereiten. Er könne sich deshalb der Haftung nicht dadurch entziehen, daß er die ihm bekannten Vorgänge jetzt anders würdige als z. Zt. der Abgabe des Anerkenntnisses. Da er vielmehr in Kenntnis aller wesentlichen Tatsachen das bestätigende Anerkenntnis abgegeben habe, so sei es unerheblich, ob er diese Tatsachen früher rechtlich[11]) anders beurteilt habe als jetzt. Insoweit liege also ein rechtsgültiges und den Beklagten bindendes Anerkenntnis vor, da ein Irrtum im Motiv nach dem BGB. unbeachtlich sei.

Richtig ist an diesen Gründen zwar das eine, daß ein Anerkenntnis nachträglich nicht auf Grund eines Motivirrtums angefochten werden kann; als ein solcher Motivirrtum würde sich allerdings die Abgabe eines Anerkenntnisses nach voraufgegangener unrichtiger Beurteilung der rechtlichen Sachlage darstellen. Aber man muß die Begründung gerade für eine derartige Wirkung des Anerkenntnisses vermissen. Auf Grund welcher Gesetzesvorschrift ist der Beklagte an die rechtliche Würdigung gebunden? Gebunden sein könnte er nur an ein rechtsgültiges Anerkenntnis oder an den Verzicht auf Einreden. Aber da hier kein Anerkenntnis i. S. von § 781 BGB. vorliegt, hätte die rechtliche Wirksamkeit eines anders gearteten Anerkenntnisses

---

[9]) RG. v. 9. 10. 1906 in JW. 1906 S. 742 Nr. 12.

[10]) Vergl. JW. 1905 S. 689.

[11]) In JW. 1916 S. 961 sperrgedruckt.

eingehend begründet werden müssen. Andererseits liegt auch kein Verzicht auf die Einrede des mitwirkenden Verschuldens aus § 254 BGB. [12]) vor, denn diese Einrede hätte dem Beklagten bekannt sein müssen. Aus der Kenntnis der grundlegenden Tatsachen allein läßt sich ein solcher Verzicht nicht herleiten. Auch ein sog. Feststellungsanerkenntnis erreicht daher nicht seinen Zweck, das Schuldverhältnis außer Streit zu setzen.

Schließlich muß noch darauf hingewiesen werden, daß auch das Anerkenntnis nach § 840 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO., das nach Staub [13]) ebenfalls unter die deklaratorischen Anerkenntnisse einzureihen ist, kein rechtsgültiges Anerkenntnis ist [14]), also auch keine Feststellung zustande bringen kann.

Bei dem Anerkenntnis und Zahlungsversprechen des nach § 840 ZPO. sich erklärenden Drittschuldners handelt es sich nur um eine Erklärung über Tatsachen, die als Beweismittel für das Bestehen einer Forderung dienen kann. Die Erklärung, die Forderung werde als begründet anerkannt, stellt sich nicht als vertragsmäßiges Anerkenntnis i. S. von § 781 BGB. dar; denn neben einem solchen Anerkenntnis wäre die in § 840 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. weiterhin geforderte Erklärung, ob der Drittschuldner zahlungsbereit sei, gänzlich überflüssig. Außerdem wäre zum Zustandekommen jedes Anerkenntnisses erforderlich, daß die Erklärung dem Gläubiger der Forderung gegenüber abgegeben würde, während nach § 840 ZPO. die Erklärung an den Pfändungspfandgläubiger gerichtet werden muß [15]).

§ 13. Der Vergleich.

Nachdem sich also gezeigt hat, daß die Anerkennungsverträge jeder Art eine endgültige Feststellung des ungewissen Rechtsverhältnisses nicht zu erreichen vermögen, bleibt noch „der häufigste und unzweifelhafteste Fall" [1]) eines Feststellungsvertrages zu behandeln, nämlich der Vergleich. Daß dieser ein echter Feststellungsvertrag ist, ist schon oben (§ 7) nachgewiesen worden und auch von der h. M. anerkannt [2]). Der hier behandelte Vergleich ist daher nicht zu verwechseln mit den Fällen der vergleichsmäßigen Neubegründung einer Forderung, die zwar auch als Vergleich bezeichnet werden, hier aber nicht zum Thema gehören [3]). Vielmehr ist hier die Besonderheit des Vergleiches darzustellen, auf Grund deren man diesen Feststellungsvertrag als „Vergleich" zu bezeichnen pflegt.

Dies ist in erster Linie das unterscheidende Kriterium des gegenseitigen Nachgebens, das im täglichen Leben als „vergleichen" bewertet wird und den Vertragstyp charakterisiert. Deshalb ist auch der Begriff des gegenseitigen Nachgebens im § 779 BGB. i. S. des täglichen Lebens zu verstehen. Jeder

---

[12]) Nach h. M. Einwand.

[13]) § 350 Anm. 17.

[14]) Dagg. RG. Bd. 29 S. 339; Bd. 41 S. 422; Stein-Jonas, § 840 Anm. III.

[15]) Ebenso Petersen-Anger zu § 840 Anm. 5; Seuffert zu § 840 Anm. 5; Foerster-Kann § 840 Anm. 3; OLG. Bd. 20 S. 358; Bd. 27 S. 132; Bd. 43 S. 158.

[1]) Rümelin, Festgabe S. 81.

[2]) Enneccerus-Lehmann S. 637 Anm. 14; Rümelin Arch. z. Prax. Bd. 97 S. 290 ff.; Lehmann, Prozeßvergleich S. 91.

[3]) Vergl. Cosack Lehrb. § 161 IV 2.

muß dem anderen ein Opfer bringen, aber jedes Opfer, das eine Partei auf sich nimmt, genügt[4]). Das Nachgeben muß sich nicht gerade auf den materiellen Streitgegenstand beziehen, sondern es genügt jedes tatsächliche Nachgeben, ebenso nach h. M. ein Nachgeben in prozessualen Rechten. Die h. M. dehnt den Begriff des Nachgebens möglichst weit aus, um nach Möglichkeit alle Tatbestände unter den Vergleichsbegriff bringen und damit, was praktisch äußerst wichtig ist, auch als Prozeßvergleich behandeln zu können. Erkennt z. B. der Beklagte den geltend gemachten Anspruch glatt an, so sieht die h. M. das Nachgeben des Klägers schon darin, daß er kein Anerkenntnisurteil verlangt[5]).

Es dürfte aber lebenswahrer sein, mit Lehmann[6]) in diesem Fall den Vergleich zu leugnen. Hier ist vielmehr ein einseitiger Feststellungsvertrag gegeben, der Bestandteil eines Prozeßvergleiches ist. Denn ein wirkliches Nachgeben im Sinne des täglichen Lebens liegt garnicht vor, da der Kläger auch durch den Prozeßvergleich einen vollstreckbaren Titel gemäß § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. erhält, also kein Opfer bringt, wenn er auf ein Anerkenntnisurteil verzichtet. Nicht dadurch wird die Wissenschaft der Fortentwicklung des Rechtslebens gerecht, daß sie die althergebrachten Begriffe bis zur Lächerlichkeit ausdehnt, sondern dadurch, daß sie den Mut hat, den neue Bahnen suchenden autoritären Parteiwillen anzuerkennen. Ihre Aufgabe müßte es daher in vorliegendem Falle sein, aus dem feststehenden und im Gesetz geregelten Begriff des Vergleichs den des Erledigungsvertrages weiter zu entwickeln. Um diese Aufgabe hier lösen zu können, bedarf es aber noch einer letzten Klarstellung der Natur des Vergleichs, die für das Verständnis des anschließend zu behandelnden Feststellungsvertrages unumgänglich notwendig ist.

Es handelt sich nämlich um die Frage, ob der Vergleich als ein kausaler oder abstrakter Vertrag zu bezeichnen ist. Meist wird der Vergleich als kausal bezeichnet. So sagt z. B. Lehmann[7]), der Vergleich sei ein obligatorischer, also auch ein kausaler Vertrag. Diese Ansicht beruht ja nun nur auf der unrichtigen Anschauung über den rechtlichen Grund eines Geschäfts. Es kann daher hier auf das im § 8 behandelte Kausaproblem verwiesen werden. Danach gehört auch der Vergleich zu den Rechtsgeschäften, die auch ohne eine Parteibestimmung immer einen bestimmten Zweck verfolgen, wie hier den Zweck, einen Streit oder eine Ungewißheit zu beseitigen[8]).

Da der Vergleich nur diesem Zwecke dienen kann, ist ein besonderer Rechtsgrund überhaupt nicht möglich. Der Vergleich ist also kein kausaler Vertrag.

Er ist aber auch kein abstrakter Vertrag, wie behauptet wird[9]), da die Vertragsverpflichtung von dem Bestehen der früheren Schuld unabhängig sei. Zwar wird durch den Vergleich eine Schuld begründet, auch wenn die

---

[4]) JW. 1903 Beil. S. 100; Recht 1908 Nr. 1961; RG. in JW. 1910 S. 280 Nr. 3; RG. in Gruch. Bd. 47 S. 934; Planck BGB II Vorbem. 1 4a vor § 779; Leonhard II § 166.

[5]) Rosenberg Lehr. § 134; Hoffmann § 9 S. 48; Kohler ZZP. Bd. 29 S. 43; RG. in Gruch. Bd. 45 S. 363.

[6]) Prozeßvergleich S. 56, vergl. auch S. 79.

[7]) Schuldrecht § 195 II S. 628.

[8]) Leonhard, Schuldrecht I S. 380; II S. 332 in § 166.

[9]) Rümelin, Festgabe S. 32.

damit anerkannte frühere Schuld in Wirklichkeit nicht bestand, aber deshalb darf man den Vergleich nicht als einen abstrakten Vertrag bezeichnen [10]). Denn diese alte Schuld ist etwas, was ganz außerhalb des eigentlichen Verpflichtungsaktes liegt. Daß er von ihr unabhängig ist, ergibt sich schon aus dieser Trennung allein. Es bedarf nicht erst einer künstlichen Loslösung, der Trennung einer bestehenden Einheit, — und gerade diese ist es, die das Wesen der abstrakten Verträge ausmacht [11]). Er tritt nicht neben die alte Schuld, wie z. B. das abstrakte Anerkenntnis des § 781 BGB., sondern ersetzt diese, d. h. er begründet die frühere Schuld nur neu, wenn sie nicht bestand. Daher gilt der Vergleich auch nicht, wie das abstrakte Anerkenntnis, als Leistung i. S. von § 812 BGB.

Da er vielmehr immer, auch ohne Parteibestimmung, einen bestimmten Zweck verfolgt, den sog. Artzweck, ist er als Artzweckvertrag zu bezeichnen.

Dieser besondere Artzweckvertrag will nicht mehr und nicht weniger als Rechtsgewißheit schaffen. Darüber müssen sich die Parteien einig sein. Sind sie das, so können Mißverständnisse, wie sie Schöninger im Auge hat [12]), nicht vorkommen. Danach bleibt auch bei seinem Beispiel, bei dem der eine Teil sich vergleichen, der andere den bestehenden Zustand bestätigen will, die Wirkung eines Feststellungsvertrages vorhanden. Denn beide Teile sind sich darüber einig, daß die nunmehr festgestellte Rechtslage zwischen ihnen geklärt sein soll. Ist diese Einigung im Wege gegenseitigen Nachgebens erzielt worden, so liegt nach der Begriffsbestimmung des § 779 BGB. ein Vergleich vor.

Als Voraussetzung für einen derartigen Vergleich kommt es nur darauf an, daß z. Zt. des Abschlusses eine subjektive Ungewißheit bestand; denn ungewiß ist auch, was nur die Parteien nicht wissen. Deshalb kann die spätere Ermittlung des tatsächlichen ehemaligen Rechtszustandes auf den Bestand des Vergleiches keinen Einfluß haben [13]). Es geht also nicht an, auf die objektive Rechtslage vor Abschluß des Vergleiches zurückzukommen [14]), abgesehen von dem speziellen Fall des Vergleichsirrtums. Dies dürfte ganz unbestritten sein.

C.

C. Der Erledigungsvertrag.

§ 14. Abschluß und Form.

Nicht anders ist es, wenn ein unsicheres Rechtsverhältnis ohne gegenseitiges Nachgeben festgestellt wird. Diese Feststellung ist nicht ein rechtsbegründender Akt, da ja garnicht ermittelt werden soll, ob eine solche Rechtsbegrün-

---

[10]) Leonhard, Schuldrecht I S. 381.

[11]) Leonhard II S. 335.

[12]) a. a. O. S. 317.

[13]) ebenso Planck, Vorbem. I 1 b vor § 779; Schlesinger, Formalkontrakt S. 157; Hedemann S. 63 f.; RG. in JW. 1901 S. 138; Gruch. Bd. 45 S. 363.

[14]) Leonhard, Bes. Schuldrecht S. 333.

dung überhaupt erforderlich ist. Vielmehr richtet sich die Parteiabsicht in erster Linie auf Feststellung des bestehenden Rechtszustandes. Nur für den Fall des Nichtbestehens wollen die Parteien das Rechtsverhältnis schaffen.

Es wird z. B. festgestellt, daß die zweifelhafte Forderung, die A. gegen B. hat, unzweifelhaft besteht. B., dem der Ausgang eines Prozesses sehr ungewiß ist, erkennt die Forderung glatt an. In solchen Fällen sollen nach Schöninger[1]) *entweder* ein Schuldversprechen (§ 780 BGB.) *oder* ein Schenkungsversprechen (§ 518 BGB.) vorliegen[2]). Die Parteien möchten nun aber wegen der Form gerne wissen, was sie zu tun haben.

Schöninger[3]) ist denn auch genötigt, eine m. E. unhaltbare Folgerung aus seinen Erwägungen zu ziehen: Welche der verschiedenen Alternativen zutreffe, soll sich erst entscheiden lassen „*nach* Feststellung der objektiven Rechtslage". Diese objektive Rechtslage können und wollen aber die Parteien garnicht feststellen, sie wollen das Rechtsverhältnis nur sicherstellen; auch hier ist, wie beim Vergleich, eine spätere Ermittlung der objektiven Rechtslage einflußlos. Zwischen den Parteien soll das vorher ungewisse Rechtsverhältnis nunmehr gewiß sein[4]). Daß die Parteien diesen Erfolg durch Vergleich erreichen können, wird allgemein bejaht. Sobald aber nur ein Teil nachgibt, sträubt man sich dagegen[5]), diesen Erledigungsvertrag rechtlich zu sanktionieren, obwohl nicht einzusehen ist, warum gerade nur im Wege gegenseitigen Nachgebens Rechtsgewißheit geschaffen werden kann.

Und dies zum Teil nur aus der Befürchtung heraus, der nachgebende Teil könnte sich zu weitgehend ohne genügende Wahrung der Form verpflichten, z. B. ein abstraktes oder ein Schenkungsversprechen abgeben. Hätte man also im Gesetz oder in der Wissenschaft die Gültigkeit des Erledigungsvertrages von dem Formerfordernis der Beurkundung abhängig gemacht, so wäre der Erledigungsvertrag anerkannt worden.

Und in der Tat kommt Schöninger zu diesem Ergebnis: „Soll das Geschäft für alle Fälle bestehen bleiben, so muß es den weitergehenden Erfordernissen, insbesondere bezüglich des *Schenkungs*versprechens, genügen". Hätte Schöninger diesem Geschäft den Namen „Feststellungsvertrag" gegeben, so hätte man noch über das Formerfordernis diskutieren können. Mit dieser Methode aber, zu sagen, es gibt keinen Feststellungsvertrag, sondern es ist entweder ein Schuldversprechen oder ein Schenkungsversprechen, jedenfalls ein anderer Vertrag, kann man sich nicht zufrieden geben. Gerade vorliegende Aufgabe, die Rechtsnatur jenes „Geschäfts, das für alle Fälle bestehen soll", klarzulegen, hat Schöninger nicht gelöst: sondern hat auf die objektive Rechtslage abgestellt, deren langwierige und schwierige Erforschung den Parteien gerade fernlag. Wer die wirkliche Rechtslage kennt, schließt Schuldversprechens-, Schuldanerkenntnis und Erlaßverträge ab: wer aber über sie im ungewissen ist, schließt nicht gleich alle nur möglichen Verträge,

---

1) a. a. O. S. 329.

2) vergl. dagg. Enneccerus-Lehmann § 195 I 2.

3) a. a. O. S. 330.

4) David, Recht 1903 S. 13.

5) Vergl. die Anm. bei Lehmann, Prozeßvergleich S. 91 f. bei Rümelin Arch. z. Prax. Bd. 97 S. 290 ff.: Enneccerus-Lehmann, § 198 Anm. 14: Schöninger S. 329.

um sicher zu gehen, sondern einen Feststellungsvertrag. Diese besondere Bedeutung des Feststellungsvertrages hat Schöninger verkannt.

Aber auch von Schriftstellern, die den Sinn und Zweck des Feststellungsvertrages kennen, werden Bedenken gegen ihn geäußert [6]).

So sagt z. B. Hegler [7]), die Parteien könnten ein Rechtsverhältnis nicht feststellen, denn eine reine Deklaration vermöge nur das Urteil zu erreichen. Hegler verwechselt dabei zwei Fragestellungen, nämlich nach der Parteiabsicht und nach der rechtlichen Sanktion. Die Absicht der Parteien geht unstreitig primär dahin, das bestehende Rechtsverhältnis festzustellen. Da sie diese Feststellung ohne Rücksicht auf den objektiven Bestand des Rechtsverhältnisses erreichen wollen, so kann das geltende Recht ihren Willen nur in der Weise sanktionieren, daß es für den Fall des Nichtbestehens die Rechtsbegründung eintreten läßt. Keineswegs kann man daher sagen, die Feststellung sei eine Rechtsbegründung schlechthin. Denn in vielen Fällen wird es tatsächlich eine reine Deklaration sein.

Ferner hat Rümelin [8]) eingewandt, es ergäbe sich schon aus der rechtlichen Konstruktion der §§ 780, 781 BGB., daß Feststellungsverträge nicht mit deklarativer Wirkung ausgestattet werden könnten. Denn es könnte ein Rechtsverhältnis nicht rückwirkend geschaffen werden.

Demgegenüber weist Planck aber mit Recht darauf hin [9]), daß nach dem im Recht der Schuldverhältnisse geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit die Parteien eine obligatorische Rückwirkung vereinbaren können. Sie können sich nämlich dahin einigen, „einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an bestanden hätte" (vergl. § 141 Abs. 2 BGB.). Soweit es sich daher um formfreie Schuldverhältnisse handelt, können die Parteien auch rückdatierend feststellen.

Mit Recht wird daher von der herrschenden Meinung der echte Feststellungsvertrag — unser Erledigungsvertrag — anerkannt [10]). Dieser sei eine besondere, von jedem Anerkenntnis grundsätzlich verschiedene Rechtsfigur. Vom Anerkenntnis des § 781 BGB. unterscheide sie sich nicht etwa nur quantitativ, sondern qualitativ. Der Feststellungsvertrag sei nicht ein beschränktes abstraktes Geschäft wie jenes, sondern „ein eigenartiges Zweckgeschäft" [11]). Der spezielle Feststellungszweck, der von allen anderen- auch dem Schenkzweck grundsätzlich verschieden sei, stelle sich in der Außerstreitsetzung dar. Der Feststellungsvertrag wirke nicht schlechthin konstitutiv [12]), sondern nur soweit das Festgestellte nicht bereits der Wirklichkeit entspreche. Er beseitige nicht einen unbedingt vorhandenen, sondern nur einen hypothetischen Mangel.

---

[6]) Lehmann, Prozeßvergleich S. 79; Rümelin, Arch. z. Prax. Bd. 97 S. 333; Festgabe S. 83; Hoffmann S. 48.

[7]) a. a. O. S. 86.

[8]) Rümelin Arch. z. Prax. Bd. 97 S. 291.

[9]) § 368 Anm. 5b.

[10]) Enneccerus-Lehmann 1930: § 198 Anm. 14 1932: § 198 II 4; Korsch Krit.Viert.J.Schr. Bd. 52 S. 264; Planck II 2 S. 1513; Oertmann S. 968 Vorbem. 3 vor § 780; S. 971 Bem. II zu § 781; Warneyer, Kom. I S. 1245; von Tuhr II 2 § 79 S. 247; Zeiler Arch. z. Prax. Bd. 103 S. 404 ff.

[11]) Oertmann Bem. 2 zu § 781.

[12]) Stein-Jonas I S. 809.

Gegen diesen Erledigungsvertrag werden aber besonders von Leonhard[13]) Bedenken wegen der Form geltend gemacht. Nach seiner Ansicht gibt es keine formfreien Anerkennungsverträge, da die Schriftform — im Hinblick auf § 781 BGB. — gerade vor Übereilung schützen soll. Für die abstrakten Anerkenntnisverträge ist die Formvorschrift mit Recht aufgestellt worden, weil die bloß mündliche Erklärung eine solche Tragweite nicht haben darf. Auch könnte eine derartige mündliche Erklärung in fast jedem Rechtsstreit behauptet werden, sodaß zahllose Eide nötig würden[14]).

Auch gegen die Formfreiheit unseres Erledigungsvertrages würden diese Bedenken sprechen, da er eine gewisse Ähnlichkeit mit einem Anerkenntnisvertrage hat. Da auch oben ausgeführt wurde, daß mündliche Anerkenntnisse rechtlich wirkungslos sind (S. 34 ff., 39 ff.), könnte es so scheinen, als ob auch der Erledigungsvertrag zu seiner Gültigkeit der Form des § 781 BGB. bedürfte. Denn eine selbständige Schuldbegründung kann nur mittels Schriftform erfolgen — und auch der Erledigungsvertrag ist von der Gültigkeit des geregelten Rechtsverhältnisses unabhängig. Auch daraus, daß in § 782 BGB. ausdrücklich gesagt ist, das Anerkenntnis, das im Wege eines Vergleiches und auf Grund einer Abrechnung abgegeben sei, bedürfe keiner Schriftform, könnte man schließen, daß alle übrigen Anerkenntnisse der Form bedürfen.

M. E. ist aber für den Erledigungsvertrag keine Form erforderlich und zwar aus folgenden grundsätzlichen Erwägungen heraus:

Wenn das mündliche kausale Anerkenntnis (S. 34 ff.) nicht rechtsverbindlich ist und ebenso das deklaratorische (S. 39 ff.) so nur deshalb, weil diese Anerkenntnisse in enger Anlehnung an das Grundgeschäft abgegeben werden und diesem nichts hinzuzufügen vermögen. Zu einem abgelösten Versprechen hinwiederum verlangt das Gesetz Schriftform. Daß dennoch der Erledigungsvertrag m. E. gültig sein soll, auch ohne Beobachtung der Schriftform, hat seinen Grund darin, daß der Erledigungsvertrag eben weder kausal noch abstrakt ist.

Daher fallen alle die Gründe, die gegen die Gültigkeit eines kausalen und für die Formbedürftigkeit eines abstrakten Anerkenntnisses sprechen, hier beim Erledigungsvertrag nicht ins Gewicht.

Der Erledigungsvertrag ist kein kausaler Vertrag, da er nicht farblos ist und daher keiner wirtschaftlichen Erläuterung bedarf. Er ist vielmehr ebenfalls durch seinen Artzweck bestimmt, nämlich eine Ungewißheit durch einseitiges Nachgeben zu klären. Er ist also ein Artzweckvertrag[15]).

Der Erledigungsvertrag ist daher auch kein abstrakter Vertrag, obwohl er von der Gültigkeit des Rechtsverhältnisses, das durch ihn geregelt wird, unabhängig ist: denn darin besteht ja gerade sein Zweck, daß die Frage nach der Gültigkeit des festgestellten Rechtsverhältnisses nicht mehr aufgeworfen werden soll[16]). Dennoch darf man ihn nicht als einen vom Rechtsgrund abgelösten Vertrag bezeichnen. Denn das Rechtsverhältnis, auf das der Erledigungsvertrag nur Bezug nimmt, bildet mit ihm keine wirtschaftliche Einheit. Als Rechtsgrund aber darf man nur diejenige Bestimmung betrachten,

[13]) Bes. Schuldrecht S. 346.
[14]) Leonhard II S. 351 in § 174.
[15]) Vergl. Leonhard II § 166 S. 352.
[16]) Vergl. Leonhard II S. 335 für den Vergleich.

die wirtschaftlich zum Geschäfte selbst gehört. Einer künstlichen Trennung einer bestehenden wirtschaftlichen Einheit bedarf es daher beim Erledigungsvertrag garnicht, gerade das wesentliche der Abstraktion fehlt also.

Es ist darin auch kein Widerspruch zu erblicken, daß der Erledigungsvertrag von der festgestellten Forderung unabhängig und dennoch nicht abstrakt sein soll. Denn als sogenanntes Verweisungsgeschäft [17]) nimmt er nur auf eine andere Verpflichtung Bezug. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob seine Gültigkeit von der früheren Verpflichtung abhängt. Dies ist bei manchen Verweisungsgeschäften der Fall, z. B. bei der Verbürgung, die von der bestehenden Forderung abhängig, — aber dennoch abstrakt ist [18]). — Gerade umgekehrt ist der Vergleich nicht abstrakt, — und dennoch von der früheren Verpflichtung unabhängig [19]). Unabhängigkeit und Abstraktheit sind daher nicht identisch und müssen sorgfältig auseinandergehalten werden, wobei zu beachten ist, daß Abstraktheit nur durch künstliche Trennung einer wirtschaftlichen Einheit zustande kommt. Mit Recht spricht daher Leonhard von „Ablösung", denn gerade diese künstliche Trennung ist es, die das Wesen der abstrakten Verträge ausmacht [20]).

Diese Formfreiheit des Erledigungsvertrages ergibt sich also daraus, daß er kein abstrakter Vertrag ist und damit auch nicht der Vorschrift der §§ 780, 781 BGB. unterliegt. Sie ist auch zu billigen. Denn da Ungewißheit über das festzustellende Rechtsverhältnis besteht, bringt die nachgebende Partei kein volles Opfer, da ja auch sie jetzt Rechtsgewißheit erhält [21]).

Zudem ist durch das beiderseitige Mitwirken beim Erledigungsvertrag die Ernstlichkeit der Abmachung gewährleistet [22]). Der Schuldner erkennt z. B. die zweifelhafte Schuld im Wege des Erledigungsvertrages an. Dann ist die Schuld in der anerkannten Höhe festgestellt. Daraus ergibt sich, daß auch der Gläubiger an die Höhe der Schuld (gleich = das Bestehen der Schuld) endgültig gebunden ist, denn er hat ja auch den Erledigungsvertrag mit abgeschlossen. Er kann nicht nachträglich, wenn er z. B. einen Schuldschein über eine höhere Summe findet, diese höhere Forderung geltend machen. Denn der Zweck des Vertrages war es ja, „über die strittige Frage nach dem Bestand der alten Pflicht hinwegzukommen" [23]).

Man darf auch nicht aus diesem Vertrage, der nur als Ganzes zu betrachten und zu verstehen ist, einzelne Verpflichtungen herausreißen und als besondere abgelöste Schuldversprechen behandeln [24]). Denn sonst kommt man tatsächlich zu dem verfehlten Ergebnis, für solche die Schriftform zu fordern [25]).

Schließlich ist noch für die Formbedürftigkeit geltend gemacht, die Form solle vor Übereilung schützen. Indessen zeigen die Rechtsfälle der Praxis [26]),

---

[17]) Leonhard I § 33 S. 85; v. Carolsfeld S. 46 ff.

[18]) Leonhard I §186 S. 380.

[19]) Oben S. 97; Leonhard I S. 85; v. Carolsfeld, Vergleich S. 46 ff.

[20]) Leonhard I S. 381.

[21]) Vergl. Leonhard II S. 332 § 166.

[22]) Leonhard II S. 352 oben.

[23]) So Leonhard I S. 85.

[24]) Leonhard II S. 351.

[25]) So in der Tat RG. Bd. 48 S. 133 ff. JW. 1901 S. 382.

[26]) JW. 1903 Beilage 21 Nr. 42; Neumann, I S. 96 Anm. 1.

daß auch das schriftliche Anerkenntnis häufig übereilt und ohne nähere Prüfung z. B. der Richtigkeit einer Abrechnung, erteilt wird. Derartige Bedenken können also hier nicht den Ausschlag geben. Die Schriftform des § 781 BGB. hat nicht nur den Zweck, vor Übereilung zu schützen, sondern sie soll insbesondere auf die Abgabe eines abstrakten Anerkenntnisses aufmerksam machen [27]). Wäre daher der Erledigungsvertrag ein abstrakter Vertrag, so müßte man auch zu seiner Gültigkeit Schriftform verlangen, da das Gesetz in den §§ 780, 781 BGB. zum Ausdruck bringt, daß ein abgelöstes Versprechen nur schriftlich erteilt werden kann. Da er aber nicht abstrakt ist, fällt auch dieser Grund, der für die Formbedürftigkeit sprechen würde, weg.

Es ist daher nicht einzusehen, warum gerade der Erledigungsvertrag der Schriftform bedürfen soll, der doch gerade so wie ein Vergleich ein Artzweckgeschäft darstellt.

Für die Formfreiheit spricht ferner die allgemeine Regel, wonach ein Vertrag nur dann der Form bedarf, wenn es im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist, im übrigen aber formfrei ist.

Auch die Analogie mit dem Vergleich spricht für die Formfreiheit des Erledigungsvertrages [28]). Es ist ja auch nicht so, daß der § 779 BGB. einen abstrakten Vertrag ausnahmsweise auch dann für rechtswirksam erklären wollte, wenn er nur mündlich geschlossen ist. Denn abgesehen davon, daß der Vergleich kein abstrakter Vertrag ist — was ja vereinzelt bestritten wird — spricht schon der äußere Aufbau des Gesetzes gegen diese Annahme, da der Vergleich in einem besonderen (19 ten) von den abstrakten Schuldverträgen (20 ten) getrennten Titel des BGB. geregelt ist.

Ferner läßt sich auch nicht aus der Vorschrift des § 782 BGB. ein Beweisgrund gegen die Formfreiheit des Erledigungsvertrages gewinnen. Denn diese Vorschrift ist nicht so aufzufassen, als sei darin die Formfreiheit für einzelne kausale Feststellungsverträge ausgesprochen. Denn die Verpflichtungen auf Grund eines Vergleiches und im Wege der Abrechnung sind garnicht kausal. Z. B. für den Fall des Vergleichs liegt der Rechtsgrund nicht in der Abrede, daß nur noch die anerkannte Forderung geschuldet wird [29]), sondern er ist für jede einzelne Verpflichtung nach dem, was diese bewirken soll, zu bestimmen [30]). § 782 enthält demnach eine Ausnahmebestimmung für abstrakte Verträge, und bleibt für die Formfrage des Erledigungsvertrages ohne Bedeutung, da dieser nicht abstrakt ist.

Schließlich ist noch die Ähnlichkeit mit den Abänderungsverträgen ein Beweismittel für die Formfreiheit: denn wenn ein Rechtsverhältnis formfrei abgeändert werden kann, so muß doch auch seine Feststellung, die sich als bedingte Abänderung darstellt, formfrei möglich sein [31]).

Aus überwiegenden Gründen ist daher für den Erledigungsvertrag eine Form nicht für erforderlich zu erachten.

---

27) Protokolle II 2 S. 502, 508; Motive II S. 690.

28) Leonhard, Schuldrecht II S. 351.

29) von Tuhr, Allgem. Teil III S. 116.

30) Leonhard I 388 oben; II S. 355, 352 oben.

31) So Enneccerus-Lehmann § 198 Anm. 14.

§ 15. Inhalt, Wirkung und Beseitigung des Erledigungsvertrages.

Der Erledigungsvertrag ist ein Vertrag, durch den die Parteien vereinbaren, daß die Rechtslage zwischen ihnen so angesehen werden soll, wie sie wäre, wenn das Rechtsverhältnis so, wie aus dem Vertrage hervorgeht, bereits bestanden hätte. Der Vertrag kann also sowohl Schuldrechte wie Sachenrechte zum Gegenstande haben. In jedem Falle ist aber zu beachten, daß der Erledigungsvertrag, ebenso wie der Vergleich, ein obligatorischer Vertrag ist. Zwar können unzählige Rechte und Pflichten gegebenenfalls durch Feststellung geschaffen werden, aber sie alle finden darin nur ihren obligatorischen Rechtfertigungsgrund, der die willkürliche Umstoßung hindert. Zur endgültigen Feststellung der Rechtslage müssen daher meistens noch die entsprechenden Erfüllungsgeschäfte hinzukommen. Je nach dem Inhalt des Feststellungsvertrages ergibt sich somit die Wirkung, beide stehen in Wechselbeziehung zueinander.

Geht der Erledigungsvertrag auf Feststellung eines Schuldverhältnisses, so muß er den Erfordernissen der Schuldbegründung entsprechen. Wenn also die Begründung des Schuldverhältnisses einer Formvorschrift unterliegt, muß auch der Erledigungsvertrag diese Form wahren.

Dagegen macht die Feststellung des Eigentums und anderer dinglicher Rechte[1]) den Kontrahenten gewöhnlich nicht zum Eigentümer, weil dazu der Abschluß des dinglichen Vertrages gehört. Die Feststellung hat hier nur den Charakter des Rechtstitels für diese Akte. Sie stützt sie also obligatorisch — eventuell auch mit Rückwirkung, aber nur obligatorisch unter den Parteien —, wenn sie den Erfordernissen eines gültigen Feststellungsvertrages entspricht. Doch kann zum Teil die mangelnde Form durch Nachholung des dinglichen Vertrages geheilt werden, z. B. §§ 313, 318 Abs. 2 BGB.. Soweit der Feststellungsgläubiger schon Besitzer der Sache (Beweis: § 929 S. 2 BGB.) oder mit dem festgestellten Recht im Grundbuch eingetragen war, so ist auch die Feststellung formlos gültig. Wo eine Verfügung durch einfachen Vertrag geschehen kann, wie bei der Abtretung von Forderungsrechten und ähnlichen Rechten (§§ 398, 413 BGB.) oder bei der Übertragung des Eigentums nach § 931 BGB., bedarf auch die Feststellung des Verhältnisses keines weiteren dinglichen Geschäfts.

Der Erledigungsvertrag ist also ein obligatorischer Vertrag, der von dem Bestehen des festgestellten Rechtsverhältnisses unabhängig ist. Aber deswegen ist der Erledigungsvertrag doch kein abstrakter Vertrag, ebensowenig wie der Vergleich. Denn er soll nicht auf jeden Fall ein neues Rechtsverhältnis schaffen, das neben das festgestellte Rechtsverhältnis tritt: vielmehr ist das alte Rechtsverhältnis etwas, was ganz außerhalb des eigentlichen Vertrages liegt. Daß der Erledigungsvertrag von dem ursprünglichen Rechtsverhältnis unabhängig ist, ergibt sich schon aus dieser Trennung allein[2]). Es bedarf garnicht erst der künstlichen Trennung einer bestehenden Einheit[3]); gerade das Wesentliche der Abstraktion fehlt. Der Erledigungsvertrag nimmt also in einem gewissen Grade, wie der Vergleich, Bezug auf das zugrundeliegende

[1]) Darüber ausführlich Pagenstecher S. 111; v. Liebe, Gruch. Bd. 28 S. 614.

[2]) Leonhard, Allgem. Schuldrecht S. 381 in § 186.

[3]) Leonhard, Bes. Schuldrecht S. 348 in § 173.

Rechtsverhältnis, das damit festgestellt wird, ist andererseits aber doch wieder von ihm unabhängig. Diese Eigenart des Erledigungsvertrages macht seine Behandlung so schwierig, ist aber der Grund für seine Wirkung und ausschlaggebend für die Frage seiner Beseitigung.

Deshalb ist es auch verfehlt, ihn als kausalen Vertrag zu bezeichnen, wie dies vielfach geschieht [4]. Besonders Lehmann [5] und Pagenstecher [6] haben umfangreiche Untersuchungen angestellt, um nachzuweisen, daß der von ihnen Feststellungsvertrag genannte Vertrag kausal ist. Sie suchen dies dadurch zu erreichen, daß sie die Bedeutung des Feststellungszwecks als causa darzulegen versuchen. Dieser Versuch muß als verfehlt bezeichnet werden [7]. Pagenstecher führt den Nachweis in folgender Weise [8]:

Auszugehen sei vom Vergleich. Verglichen sich die Parteien, indem jeder nachgebe, so sei zu fragen, worüber sie sich geeinigt hätten. Sie seien nicht darüber einig, daß einer vom andern etwas erhalte; denn jeder glaube, dem anderen etwas zu geben. Es glaube auch keiner, beschenkt zu sein. Einig seien die Parteien nur darüber, daß jetzt der Rechtszustand so werden solle, wie er im Vergleich festgestellt sei, falls er nicht schon so sein sollte. In diesem Sinne nehme jeder die e v e n t u e l l e Zuwendung des anderen an. Der wirtschaftliche Zweck sei für beide die Erlangung von Rechtsgewißheit. Da das geltende Recht beim Vergleich als wirtschaftlichen Zweck einer eventuellen Zuwendung das Bestreben ansehe, Rechtsgewißheit zu schaffen, so müsse das gleiche auch beim Feststellungsvertrag gelten. Dieser sei daher e b e n f a l l s ein kausaler Vertrag. Denn selbst dann, wenn eine Partei überzeugt sei, z. B. eine Nichtschuld zu bezahlen, liege keine Schenkung vor [9].

Letzteres ist gewiß richtig, denn zur Schenkung ist gemäß § 516 BGB. erforderlich, „daß b e i d e Teile e i n i g" sind über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung.

Aber Pagenstecher begeht hier den Fehler, obligatorisches Grundgeschäft und dingliches Erfüllungsgeschäft miteinander zu verquicken. Es liegt an der Eigenart des Vergleichs wie des Erledigungsvertrages, daß beide Geschäfte, nämlich Grundgeschäft und Erfüllungsgeschäft, meist gleichzeitig vorgenommen werden. Aber deswegen müssen sie juristisch um so schärfer auseinander gehalten werden. Grund (causa) der Zuwendungen im Anschluß an einen Vergleich ist die E r f ü l l u n g des Vergleichs, oder wie auch ungenau gesagt wird, der Vergleich. Der Vergleich selbst ist sicherlich geschlossen, um Rechtsgewißheit zu schaffen. Aber dieser „Grund" ist keine causa im technischen Sinne, sondern lediglich der Beweggrund (Motiv!), der die Parteien zum Abschluß geführt hat. Das Gesetz will ja auch im § 779 BGB. keinen besonderen Vertrag erschöpfend regeln, sondern nur an einen gewöhnlichen obligatorischen Vertrag die b e s o n d e r e Folge der Nichtigkeit knüpfen,

---

[4]) Bekker, Pandekten Bd. 2 S. 256; vergl. Borckert S. 29, 62; Rümelin, Festgabe S. 19, 20.

[5]) Prozeßvergleich S. 79 ff.

[6]) Materielle Rechtskraft § 12 S. 94 ff.

[7]) Ebenso Leonhard, Schuldrecht I S. 388.

[8]) a. a. O. S. 100.

[9]) So h. M., vergl. Endemann I § 198 Anm. 12.

falls ein Motivirrtum vorlag[10]). Da regelmäßig ein Irrtum im Motiv unbeachtlich ist, bedurfte es der Regelung in § 779 BGB.

Aber abgesehen davon, daß der Feststellungszweck nicht als causa angesehen werden kann[11]), kommt Pagenstecher zu dem hier erstrebten Ergebnis, wenn er sagt, der Feststellungsvertrag sei ebenfalls (wie der Vergleich) ein kausaler Vertrag. Denn auch er ist damit zu dem richtigen Ergebnis gelangt, daß sich Feststellungsvertrag und Vergleich nur durch das Erfordernis des gegenseitigen Nachgebens unterscheiden. Daß er beide als kausale Verträge betrachtet, liegt an der weitverbreiteten irrigen Auffassung über den Begriff „causa". Nach richtiger Ansicht sind beide Verträge Artzweckverträge.

Ebenso ist die Ansicht von Borckert[12]) zu werten, der zu dem Ergebnis kommt, das prozessuale Anerkenntnis sei als materielles Rechtsgeschäft „immer Feststellungsgeschäft mit dem Zwecke der Außerstreitsetzung, also Kausalgeschäft". Denn wenn er feststellt, der materielle Bestandteil des prozessualen Anerkenntnisses sei immer Feststellungsgeschäft, so ergibt sich schon, daß das Rechtsgeschäft einer besonderen Zweckbestimmung nicht mehr bedarf, und daher nach der hier vertretenen Auffassung als Artzweckgeschäft anzusprechen ist.

Auch Rümelin erkennt dies wohl richtig, wenn er sagt[13]): „Der Feststellungsvertrag ist ein Hilfsgeschäft, das seine Erklärung in sich selbst trägt", — obwohl er im weiteren Verlaufe seiner Abhandlung glaubt[14]), „Interzessions- und Feststellungs-causae müßten jedenfalls anerkannt werden". Nach der hier vertretenen Ansicht kann die zu Grunde liegende Zweckbestimmung (causa) nur sein: Schuldtilgung, Rechtserwerb oder Schenkung[15]). Die Benennung aller übrigen Zwecke als „causae" hat sich als unzutreffend erwiesen.

Nachdem nunmehr feststeht, daß der Erledigungsvertrag ein Artzweckvertrag ist, ist die Beantwortung der Frage, wie dieser rückgängig gemacht werden kann, nur noch eine Folgerung aus diesem Ergebnis.

Da der Erledigungsvertrag kein abstrakter Vertrag ist, kann er selbst nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung nicht zurückgefordert werden. Wird also ein Anspruch anerkannt, ohne Rücksicht darauf, ob er der wirklichen Rechtslage entspricht, so ist eine Kondiktion nach § 812 ff. BGB. ausgeschlossen. Dies wird allgemein sowohl in der Rechtsprechung[16]), als auch im Schrifttum[17]) anerkannt, wenn auch meist mit unzureichender Begründung. So begründet z. B. Borckert[18]) den Wegfall der Kondiktionsmöglichkeit damit, daß „in jedem Fall der Zweck, nämlich Außer-

---

[10]) Enneccerus-Lehmann § 196 I 2 Anm. 6.

[11]) So Leonhard, Schuldrecht I S. 388; II S. 350.

[12]) a. a. O. S. 71.

[13]) Festgabe S. 17.

[14]) a. a. O. S. 20, 23.

[15]) Leonhard a. a. O. II S. 461; Hillmer S. 9.

[16]) RG. im Recht 1910 Nr. 3490; RG. VI v. 12. 5. 15 = RG. im Recht 1915 Nr. 2267; RG. in JW. 1919 S. 568; RG. Bd. 86 S. 304.

[17]) JW. 1920 S. 487: „Schuldversprechen auf Grund eines Feststellungsvertrages"; Borckert S. 61; Rümelin Arch. z. Prax. Bd. 97 S. 269.

[18]) a. a. O. S. 29.

streitsetzung, erreicht werde: causa data — causa secuta". (Vergl. § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Diese Begründung fällt mit der Ablehnung des Zweckes der Außerstreitsetzung als „causa".

Dagegen ist es wohl möglich, daß die infolge eines Erledigungsvertrages gemachten Leistungen im Wege der Bereicherungsklage zurückgefordert werden können, wenn der Erledigungsvertrag unwirksam ist oder nachträglich vernichtet wird. Dies kann, wie bei jedem Rechtsgeschäft, aus den verschiedensten Gründen möglich sein: so kann z. B. auch der Erledigungsvertrag wegen Formmangels (§ 125 BGB.) oder wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB.) oder gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB.) nichtig sein.

Desgleichen kann der Erledigungsvertrag auch nach den allgemeinen Bestimmungen angefochten werden (§§ 119 ff. BGB.), also insbesondere auch dann, wenn ein Vertragsteil sich geirrt hat. Jedoch ist hierbei besonders zu beachten, daß es sich nach den Erfahrungen der Praxis meist um einen Irrtum im Beweggrund handeln wird.

Es könnte daher die Frage auftauchen, ob hier nicht auch in derselben Weise wie beim Vergleich ein Motivirrtum beachtlich sein kann; mit anderen Worten, ob § 779 BGB. auch auf den Erledigungsvertrag sinngemäß anzuwenden ist. Dafür spricht die große Ähnlichkeit mit dem Vergleich und die vielfache Übereinstimmung beider Rechtsfiguren. Aber m. E. würde ein solcher Analogieschluß zu weit führen, da der Erledigungsvertrag ein gewöhnlicher obligatorischer Vertrag ist und ein solcher grundsätzlich wegen eines Irrtums im Motiv noch nicht einmal angefochten werden kann [19]). Es hätte daher einer besonderen gesetzlichen Grundlage bedurft, um die Unwirksamkeit auszusprechen.

§ 16. Praktische Anwendung.

Die vorstehende Darlegung sollte zeigen, daß es in der Tat einen Feststellungsvertrag gibt, der in der Lage ist, Rechtsgewißheit ohne gegenseitiges Nachgeben zu schaffen. Da sich ferner einerseits ergeben hat, daß die in den §§ 9—12 behandelten Verträge eine endgültige Feststellung nicht zu erreichen vermögen, andererseits für einen Feststellungsvertrag der unter gegenseitigem Nachgeben zustande kommt, der Name Vergleich im Gesetz und Sprachgebrauch geläufig ist, so ist es auch berechtigt, den letztbehandelten Vertrag als Erledigungsvertrag zu bezeichnen, da er die zweifelhaften Rechtsbeziehungen endgültig erledigt. Beide Verträge, Vergleich und Erledigungsvertrag, kann man unter dem Begriff „Feststellungsvertrag" zusammenfassen, da sie beide denselben gemeinsamen Regeln unterliegen, sowohl in der Form als auch im Inhalt, und sich nur durch das Erfordernis des gegenseitigen Nachgebens unterscheiden.

Des weiteren entspricht die Anerkennung des Erledigungsvertrages einem dringenden Bedürfnis im Prozeß, da man mit der noch herrschenden Auffassung, Voraussetzung eines gültigen Prozeßvergleichs (§ 794 Ziff. 1 ZPO.) sei der Abschluß eines Vergleiches nach § 779 BGB., nicht auskommen

---

[19]) Dagg. Lehmann, Prozeßvergleich S. 94 Anm. 17; vergl. Korsch Krit.Viert.J.Schr. Bd. 52 S. 264; Schrutka Grünhut Bd. 39 S. 282.

kann[1]). Alltäglich werden vor Gericht Verträge ohne gegenseitiges Nachgeben geschlossen und doch als Prozeßvergleiche protokolliert. Der Richter erkennt eben die Absicht der Parteien, ihre Streitigkeiten endgültig zu erledigen, als Beendigungsgrund des Prozesses an. Würde man derartige Erledigungsverträge in der Wissenschaft nicht anerkennen, so würde damit nicht dem Rechtsleben gedient, sondern höchstens der Eindruck erweckt, als kümmere sich der Richter nicht um das Gesetz.

Es hieße die Vielgestaltigkeit des täglichen Lebens verkennen, wollte man die Schaffung von Gewißheit nur im Wege gegenseitigen Nachgebens, also in Form eines Vergleiches, zulassen. Denn auch die viel hervorgehobene Gegenseitigkeit des Vergleiches vermag nichts zum Schutze der Parteien zu erreichen. Das Beharren bei dem Erfordernis des gegenseitigen Nachgebens führt nur zu Äußerlichkeiten im Abschluß eines Vertrages, ohne an dessen innerem Gehalt etwas zu ändern; es führt dazu, daß Richter den Parteien raten, es solle auch der Gegner des die Schuld glatt Anerkennenden wenigstens 2 Pfg. nachlassen. Oder aber man betrachtet, um die unzähligen Fälle solcher Erledigungsverträge nicht für ungültig erklären zu müssen, auch das Aufgeben prozessualer Rechte als Nachgeben im Sinne von § 779 BGB. Anstatt das „Nicht-Festhalten im Prozeß" als Nachgeben zu bezeichnen, scheint es aber m. E. doch lebenswirklicher, Erledigungsverträge anzuerkennen[2]). Schließlich dient der Erledigungsvertrag aber nicht nur dem praktischen Rechtsleben, sondern auch der Wissenschaft, indem er in der Streitfrage über die Rechtsnatur des prozessualen Anerkenntnisses die einzig brauchbare Lösung ermöglicht.

Viele Streitpunkte ergeben sich bei der Frage nach der Rechtsnatur des prozessualen Anerkenntnisses. Sie sind hier nur insoweit zu erörtern, als sie zur Rechtfertigung des Feststellungsvertrages dienen.

Ob das Anerkenntnis des § 307 ZPO. eine Prozeßhandlung im engeren Sinne oder ein Prozeßrechtsgeschäft ist, ist ein bloßer Namensstreit[3]), da die ZPO. für Prozeßrechtsgeschäfte keine andere Behandlung vorsieht, als für die Prozeßhandlungen im engeren Sinne[4]). Das gerichtliche Anerkenntnis ist jedenfalls Prozeßhandlung, denn es wird in seinem Tatbestand und in seinen Wirkungen vom Prozeßrecht geregelt und vermag dem Betriebe des Prozesses unmittelbar zu dienen[5]).

Ob es aber reine Prozeßhandlung ist, also lediglich dem Prozeßrecht angehört, ist stark bestritten. Diese rein prozeßrechtliche Auffassung wird vor allem vom neueren Schrifttum vertreten[6]).

Im Gegensatz hierzu steht die vor allem in der Praxis vertretene An-

[1]) Vergl. Alsberg ZZP. Bd. 39 S. 413—440; Dronke ZZP. Bd. 30 S. 47; Grabner, Gruch. Bd. 61 S. 65; Heldmann ZZP. Bd. 44 S. 449; Josef, Gruch. Bd. 48 S. 557—570; Kretzschmar Jher. J. Bd. 69 S. 213; Wolf Arch. z. Prax. Bd. 88 S. 153; Wurzer Jher. J. Bd. 62 S. 285.

[2]) So auch Kohler ZZP. Bd. 29 S. 1.

[3]) Stein, Komm. I S. 375; Pollack S. 67.

[4]) Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft S. 20, 34; Rosenberg S. 88; Hegler S. 221 Anm. 1; Müller S. 37.

[5]) Walsmann Arch. z. Prax. Bd. 102 S. 22; Stein-Jonas I S. 358.

[6]) Hegler S. 135; Degenkolb, Anerkenntnisurteil S. 54, 62; Hellwig, Prozeß und Rechtsgeschäft S. 26; Müller S. 36; Kisch ZZP. Bd. 34 S. 387; Pollack S. 51; Rosenberg Lehrb. S. 419; Süß S. 34.

sicht, das Anerkenntnis sei sowohl Prozeßhandlung als auch materielles Rechtsgeschäft. Die Vorschrift des § 307 ZPO. macht jedenfalls die Verurteilung des anerkennenden Beklagten von der Stellung eines besonderen Antrages abhängig. Aus dem Gesetzestexte wäre also die Möglichkeit herauszulesen, daß der Kläger sich mit dem Anerkenntnis allein begnügt. Eine solche Möglichkeit würde aber geradezu widersinnig sein, wenn das Anerkenntnis lediglich Prozeßhandlung wäre; denn dann besäße es ohne nachfolgendes Urteil nicht die geringste Bedeutung.

Es ist also der Doppelnaturtheorie der Vorzug zu geben, wonach die bürgerlich-rechtliche Wirkung bestehen bleibt, auch wenn die prozessuale Wirkung entfällt [7]).

Danach sind äußerer und innerer Erklärungstatbestand zwar einheitlich, aber die Wirkungen dieser einheitlichen Erklärung sind solche zivilrechtlicher wie prozeßrechtlicher Art. Letztere Wirkung ist in § 307 ZPO. wiedergegeben: Der Anerkennende ist auf Antrag dem Anerkenntnis gemäß zu verurteilen.

Dagegen herrscht über die bürgerlich-rechtlichen Wirkungen lebhafter Streit, da sich auch die Anhänger der sog. Doppelnaturtheorie nicht darüber einig sind, welchem bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäft der materielle Bestandteil des Anerkenntnisses entspricht. Denn wenn das Anerkenntnis auch materielles Rechtsgeschäft ist, so muß es auch ein rein materielles Rechtsgeschäft geben, das dieselben Wirkungen äußert. Fehlt es an einem solchen Rechtsgeschäft, so ist mit Hegler [8]) in der Tat eine materielle Seite zu verneinen. Die Ermittlung dieses Rechtsgeschäfts ist also für die Begründung der Doppelnaturtheorie von ausschlaggebender Bedeutung.

Der gleiche Wortlaut weist auf das Anerkenntnis des § 781 BGB. hin. In der Tat wird auch eine Wesensgleichheit beider Institute im Schrifttum verteidigt [9]). Äußere Verschiedenheiten dürfen dabei nicht stören, denn daß gegenüber dem schriftlichen Anerkenntnisvertrag des § 781 BGB. für das gerichtliche Anerkenntnis des § 307 ZPO. eine einseitige mündliche Erklärung genügt, hat seinen Grund darin, daß das gerichtliche Anerkenntnis dem Gericht gegenüber in der mündlichen Verhandlung abzugeben ist. Dieser äußerlich trennende Umstand findet also seine Erklärung darin, daß das gerichtliche Anerkenntnis eben immer Auch-Prozeßhandlung ist.

Aber auch die Gegenstände beider Anerkenntnisse sind ungleichartig: § 781 BGB. betrifft nur die Anerkennung von Schuldverhältnissen, § 307 ZPO. bezieht sich dagegen auf alle Rechtsverhältnisse [10]). Diese Verschiedenheit könnte man höchstens dadurch aus dem Wege räumen, daß man den Grundgedanken des § 781 BGB. auf Rechtsverhältnisse anderer Art ausdehnt [11]). Jedoch würde m. E. eine solche Ausdehnung schon bedenklich sein, da der dafür meist in Anspruch genommene Grundsatz der Vertragsfreiheit nur im Gebiete der Schuldverhältnisse (§ 305 BGB.) besteht.

---

[7]) Stein-Jonas I S. 385 VI 3; RG. in Gruch. Bd. 38 S. 1227.

[8]) a. a. O. S. 109.

[9]) Vergl. z. B. Klingmüller, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis S. 97.

[10]) So Degenkolb a. a. O. S. 50; Lehmann, Klaganerkenntnis S. 217; Süß S. 40; Rosenberg, Lehrb. S. 419.

[11]) So Staudinger II 2 S. 1559; Planck II 1 Bem. 6 zu § 397; Borkkert S. 18.

Aber die Wirkungen beider Anerkenntnisse sind gänzlich verschieden. Während durch das Anerkenntnis des § 781 BGB. ein neuer selbständiger Rechtsgrund neben dem bereits vorhandenen materiellen Rechtsgrund tritt, wird durch das Anerkenntnis des § 307 ZPO. nur der Klaganspruch bejaht. Besonders deutlich zeigt sich diese einschneidende Verschiedenheit bei Feststellungsklagen. Diese bezwecken doch die Feststellung eines bestimmten konkreten Rechtsverhältnisses. Dieser Zweck könnte nicht erreicht werden, wollte man das prozessuale Anerkenntnis unter das des § 781 BGB. subsumieren. Denn dann würde durch das Feststellungsurteil der Rechtszustand festgestellt, wie er sich infolge des Anerkenntnisses darstellt und nicht, wie er im Klageantrag behauptet wurde.

Der Hauptunterschied zwischen materiellem (§ 781 BGB.) und prozessualem Anerkenntnis liegt vor allem darin, daß sich der Beklagte durch ein gerichtliches Anerkenntnis keinesfalls neu verpflichten will, sondern seine bereits bestehende Verpflichtung anerkennt [12]).

Selbst wenn man den Grundgedanken des § 781 BGB. auf alle Rechtsverhältnisse ausdehnen wollte, was bereits abgelehnt wurde, so könnte man dennoch dem prozessualen Anerkenntnis nicht die Wirkung eines selbständigen materiellen Rechtsgrundes zusprechen. Handelt es sich z. B. tatsächlich um Eigentum des Klägers, so kann das Anerkenntnis des Beklagten keinen selbständigen Rechtsgrund für das Bestehen des Eigentums schaffen. Stand das Eigentum dem Beklagten zu, so würde durch das bloße gerichtliche Anerkenntnis der Kläger damit noch nicht Eigentum erwerben, da noch das betreffende dingliche Erfüllungsgeschäft hinzukommen müßte [13]).

Es besteht also keineswegs eine Wesensgleichheit mit dem Schuldanerkenntnis des § 781 BGB., da durch das gerichtliche Anerkenntnis kein neuer selbständiger Rechtsgrund geschaffen werden soll. Soll aber das gerichtliche Anerkenntnis zugleich materielles Rechtsgeschäft sein, so ist weiterhin nach einer anderen bürgerlich-rechtlichen Figur zu suchen, die dem materiell-rechtlichen Bestandteil des gerichtlichen Anerkenntnisses entspricht.

Das BGB. erwähnt in § 208 nochmals ein Anerkenntnis, durch das die Verjährung unterbrochen wird. Dieses Anerkenntnis ist stets kausal, d. h. abhängig von dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnis. Besteht dieses nicht, so hat das Anerkenntnis des § 208 keine Wirkung [14]). Es äußert also im Vergleich zu dem gerichtlichen Anerkenntnis viel geringere Wirkungen, da ja das Anerkenntnis des § 307 ZPO. auch dann wirksam wird, wenn das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis nicht besteht. Ferner besteht ein Unterschied darin, daß das Anerkenntnis des § 208 BGB. seine Hauptbedeutung in der Unterbrechung der Verjährung aufweist, während das prozessuale Anerkenntnis für die Verjährung bedeutungslos ist, da diese ja bereits gemäß § 209 BGB. durch die Klageerhebung unterbrochen ist. Eine Gleichstellung beider Anerkenntnisse kommt daher nicht in Frage [15]).

Die Bedeutung des prozessualen Anerkenntnisses über den Prozeß hinaus macht jedoch die Auffindung eines auf bürgerlich-rechtlichem Gebiete wur-

---

[12]) Müller, Hans S. 34; Grabner, Gruch. Bd. 61 S. 68.

[13]) Hegler S. 57.

[14]) Borckert S. 24.

[15]) Ebenso Grabner, Gruch. Bd. 68 S. 68; Süß S. 43; Rosenberg, Lehrb. S. 420.

zelnden Geschäfts, welches die Annahme einer materiell-rechtlichen Seite des Anerkenntnisses rechtfertigt, unentbehrlich. Als Anhänger der Doppelnaturtheorie hat daher Stein [16]) das Anerkenntnis als Feststellungsgeschäft gekennzeichnet, ohne aber das notwendige Gegenstück im materiellen Recht aufzusuchen. Es ist jedenfalls das Verdienst Steins, gezeigt zu haben, daß das Anerkenntnis nicht einen schlechthin rechtsschaffenden Akt darstellt, sondern nur gegebenenfalls neues Recht schafft. Dementsprechend deutet Stein auch die Worte des § 307 ZPO. „dem Anerkenntnis gemäß" dahin, daß nicht über einen neu entstandenen Anspruch zu entscheiden sei, wohl aber nach Maßgabe der Prüfung, ob der Anspruch durch das Anerkenntnis festgestellt sei.

Dieses von Stein erwähnte Feststellungsgeschäft kann nur der Erledigungsvertrag sein [17]). Er stellt die Rechtslage fest, ohne einen neuen Schuldgrund zu bilden, wirkt aber rechtsschaffend in dem Fall, in dem das anerkannte Rechtsverhältnis nicht bestand. Der Erledigungsvertrag entspricht also als einziger Vertrag im materiellen Recht dem materiellen Bestandteil des prozessualen Anerkenntnisses, wie er sich nach den Wirkungen dieses Anerkenntnisses darstellen muß. Das Anerkenntnis im Prozeß wirkt daher, auch über den Prozeß hinaus, in derselben Weise, wie der Erledigungsvertrag. Nur mit Hilfe dieses Erledigungsvertrages vermag man den Einwänden zu begegnen, die gegen die Doppelnaturtheorie erhoben worden sind und diese somit stichhaltig zu begründen.

Damit ist erwiesen, daß der Erledigungsvertrag als wertvolles Glied in der Fülle des Rechts Theorie und Praxis zu dienen vermag und dementsprechende Beachtung verdient.

---

[16]) Komm. I S. 809.

[17]) Ebenso Oertmann I 2 S. 971; Staudinger II 2 S. 1560; Borckert S. 25.

Lebenslauf.

Als Sohn des Preußischen Forstassessors und Leutnants im Reitenden Feldjägerkorps Kurt Roeder wurde ich am 15. Dezember 1910 in Mannheim geboren. Während des Krieges, an welchem mein Vater als Hauptmann teilnahm, siedelte meine Mutter mit mir und meinen jüngeren Geschwistern nach Oberstdorf i. Allgäu über, wo ich die Volksschule bis 1919 besuchte. Als mein Vater 1919 von den Kämpfen im Baltikum zurückkam und in Runkel a. d. Lahn als Staatsoberförster angestellt wurde, besuchte ich dort noch ein Jahr die Volksschule. Vom Jahre 1920 an besuchte ich dann das humanistische Gymnasium im Limburg a/Lahn, das ich Ostern 1929 mit dem Zeugnis der Reife verließ, um zunächst an der Ruprecht-Karls-Universität in Heidelberg mit dem Studium der Rechtswissenschaften zu beginnen.

Nach Ablauf von vier Semestern bezog ich dann die Philipps-Universität in Marburg a/Lahn, um mich dort auf das erste juristische Staatsexamen vorzubereiten, das ich am 24. Juni 1933 vor dem Prüfungsausschuß beim Oberlandesgericht in Kassel bestand.

Da mein Vater im Jahre 1931 zum Regierungs- und Forstrat in Koblenz befördert und dann im Jahre 1933 nach Stettin versetzt wurde, wurde ich am 11. November desselben Jahres von dem Herrn Oberlandesgerichtspräsidenten in Stettin zum Referendar ernannt und gastweise dem Herrn Oberlandesgerichtspräsidenten in Frankfurt a/Main zur Ausbildung überwiesen.

Seit dem 27. November 1933 bin ich nun am Amtsgericht in Weilburg a/Lahn im Vorbereitungsdienst beschäftigt. Am 29. Mai 1934 bestand ich meine mündliche Doktorprüfung.

Eberhard Roeder.